Sygn. akt: KIO 1564/22, KIO 1583/22

WYROK

z dnia 6 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez:

A. wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (sygn. akt: KIO 1564/22),

B. wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1583/22),

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Kalisz - Zarząd Dróg Miejskich w Kaliszu

orzeka:

1. W sprawie o sygn. akt: KIO 1564/22:

1.1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II.2 petitum odwołania.

1.2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II.1 petitum odwołania w części w jakiej dotyczy maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji oraz w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II.3 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia przez:

1.2.1. usunięcie z § 7 ust. 2 projektu umowy postanowień warunkujących rozpoczęcie bieg rękojmi i gwarancji jakości od bezusterkowego odbioru robót oraz

1.2.2. zmianę § 26 ust. 17 lit. e projektu umowy przez podwyższenie limitu w nim określonego do 10% wraz z uwzględnieniem konsekwencji wprowadzonych zmian w pozostałych postanowieniach dokumentów zamówienia.

1.3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

1.4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego oraz Odwołującego po połowie i:

1.4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

1.4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą połowę kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania;

1.4.3. znosi wzajemnie pomiędzy Stronami koszty postępowania poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

2. W sprawie o sygn. akt: KIO 1583/22:

2.1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia przez

usunięcie z § 24 ust. 8-9 projektu umowy postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek wystawienia faktury VAT bezpośrednio na PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu oraz Energa - Operator S.A. Oddział w Kaliszu wraz z uwzględnieniem konsekwencji wprowadzonej zmiany w pozostałych postanowieniach dokumentów zamówienia.

2.2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i :

2.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. 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: .....

Sygn. akt: KIO 1564/22, KIO 1583/22

Zamawiający - Miasto Kalisz - Zarząd Dróg Miejskich w Kaliszu [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na

rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 450 w Kaliszu - etap II (odcinek od ul. Kubusia Puchatka do ul. Antycznej wraz z przebudową wiaduktu kolejowego) (znak postępowania: ZP.271.2.1.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 3 czerwca 2022 r. pod numerem nr 2022/S 107-294978.

Sygn. akt: KIO 1564/22

W dniu 13 czerwca 2022 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [dalej „Odwołujący 1" lub „STRABAG"] wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 353 ^{1} k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie w § 26 ust. 17 Wzoru Umowy poziomu inflacji, która uzasadnia waloryzacje wynagrodzenia na zbyt wysokim poziomie, tj. 12% (poziom wskaźnika inflacji cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego), co zdaniem Odwołującego świadczy o sformułowaniu przez Zamawiającego we Wzorze Umowy pozornej klauzuli waloryzacyjnej, co przy jednoczesnym sformułowaniu dodatkowych warunków waloryzacji tj. limitu waloryzacji i czasokresu, w którym waloryzacja może być dokonana, spowoduje brak możliwości wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku nadmiernej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

2. art. 433 pkt 1 ustawy Pzp poprzez określenie odpowiedzialności Wykonawcy za

opóźnienie, tj. wprowadzenie do Wzoru Umowy kar umownych za opóźnienie, podczas gdy zgodnie z przepisami Pzp niedopuszczalne jest określenie w umowie odpowiedzialności Wykonawcy za sytuacje przez niego niezawinione, poza przypadkami uzasadnionymi okolicznościami lub zakresem zamówienia, które nie zostały przez Zamawiającego w SWZ określone;

3. art. 353 [1] k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c., art. 568 § 1 k.c. i 577 § 4 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie w § 7 ust. 2 Wzoru Umowy terminów rozpoczęcia biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązujący prawem, tj. od daty bezusterkowego odbioru robót.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

I. W zakresie zarzutu nr 1:

Ustalenie wskaźnika zmiany cen i kosztów (wskaźnik inflacji) na poziomie dającym Wykonawcy realną możliwość domagania się waloryzacji wynagrodzenia; a w konsekwencji zmianę § 26 ust. 17 na następujący:

17. Ponadto Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp:

a) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia względem ceny lub kosztów zawartych w ofercie wynagrodzenie może zostać odpowiednio zwaloryzowane, jeżeli wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej, publikowany przez GUS, uległ w okresie realizacji przedmiotu umowy zmianie o co najmniej 3%,

b) zmiana cen materiałów lub kosztów uprawniająca strony do wystąpienia z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia ustalana będzie na podstawie wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowej, ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za dany rok realizacji robót przewidzianych w umowie,

~~c) zmiana wynagrodzenia zgodnie z ppkt. a) będzie dopuszczalna nie częściej niż raz na 6 miesięcy obowiązywania umowy, przy czym początkowy termin uprawniający do żądania ustalenia zmiany wynagrodzenia nastąpić może nie wcześniej niż po 6 miesiących od zawarcia umowy,~~

d) waloryzacja wartości umowy odnosi się wyłącznie do zakresu przedmiotu umowy jeszcze nie zrealizowanego na dzień złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia; wniosek ten nie może zatem obejmować zmiany wynagrodzenia w zakresie przedmiotu umowy wykonanego przed terminem złożenia wniosku,

e) maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji nie może przekroczyć 10% wartości całkowitego wynagrodzenia netto określonego w umowie, w całym okresie jej obowiązywania;

f) Strony, które otrzymają wniosek o zmianę wynagrodzenia przekażą drugiej stronie swoje stanowisko w sprawie w terminie 14 dni od dnia otrzymania wniosku,

g) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z powyżej określonymi zasadami, zgodnie z art. 439 ust. 5 ustawy Pzp 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:

- przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi, - okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

h) wartość zmiany (WZ), o której mowa w niniejszym ustępie określa się na podstawie wzoru:

WZ = W • Z[1]-)

—100 }

W wynagrodzenie netto za zakres Przedmiotu Umowy, niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku
F — wskaźnik cen budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej za pierwszy miesiąc spełnienia warunku, w stosunku do miesiąca poprzedniego, wynikający z komunikatu Prezesa GUS

II. W zakresie zarzutu nr 2, wyeliminowanie ze Wzoru Umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność Wykonawcy za opóźnienie, a w konsekwencji zmianę § 1 pkt 3.6.16, § 22 ust. 1 pkt 8, i pkt 16 Wzoru Umowy na następujące:

„§ 1.

3.6.16. W przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminu usunięcia wady lub terminu wymiany wadliwego elementu na nowy, o których mowa w pkt. 3.6.13 lub 3.6.14, Wykonawca zapłaci PKP PLK S.A. karę umowną w wysokości 1000,00 zł za każdy dzień zwłoki."

„§22 ust. 1

pkt 8/ za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 0,05% wartości

wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 8 ust. 1 za każdy dzień zwłoki,

pkt 16/ w przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę terminu usunięcia wady lub terminu

wymiany wadliwego elementu na nowy, o których mowa w pkt. 3.6.14 lub 3.6.15,

Wykonawca zapłaci PKP PLK S.A. karę umowną w wysokości 1000, 00 zł za każdy dzień

zwłoki"

III. W zakresie zarzutu nr 3, usunięcie ze Wzoru Umowy postanowień warunkujących rozpoczęcie biegu gwarancji i rękojmi od bezusterkowego odbioru robót, a w konsekwencji zmianę w § 7 ust. 2 Wzoru Umowy na następujący:

2. Termin rękojmi za wady i gwarancji jakości ustala się następująco:

1/ roboty budowlane -.....* miesięcy/miesiące * od daty ~~bezusterkowego~~ odbioru

końcowego,

2/ oznakowanie poziome cienkowarstwowe - 6 miesięcy od daty ~~bezusterkowego~~ odbioru końcowego,

3/ oznakowanie poziome grubowarstwowe - 36 miesięcy od daty ~~bezusterkowego~~ odbioru końcowego,

4/ pielęgnacja i utrzymanie terenów zielonych - 24 miesiące od daty ~~bezusterkowego~~ odbioru końcowego.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący 1 wskazał, że przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy Pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływania zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Odwołujący 1 podkreślał, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności

w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę przybliżone powyżej kwestie Odwołujący wskazał, że prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna: 1. jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego; 2. jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych; 3. sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;

4. winna być adekwatna do sytuacji rynkowej.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący 1 wskazał, że klauzula waloryzacyjna określona przez Zamawiającego w § 26 ust. 17 Wzoru Umowy nie spełnia wskazanych funkcji, co więcej określona została w sposób czysto iluzoryczny, albowiem pułap wzrostu cen, który uprawnia Wykonawcę do waloryzacji jest tak wysoki, że uprawnione jest stwierdzenie, że określony wzrost cen nie wystąpi.

Odwołujący 1 wskazał, iż z badania historycznej zmienności wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w ujęciu rok do roku zmiany nie przekroczyły 12%. Zmienność wartości wskaźnika rok do roku pokazano na wykresie. Na wykresie wskazano również dwie linie. Czerwoną wskazującą moment, w którym spełniony zostałby warunek umożliwiający zwiększenie wynagrodzenia oraz niebieską obrazującą zmianę wskaźnika cen rok do roku. Jednocześnie nadmienić należy, że w ostatnim czasie wskaźniki osiągnęły większą niż zwykle wartość. Biorąc jednak pod uwagę uwarunkowania rynkowe, wskaźniki na koniec bieżącego roku najprawdopodobniej spadną, z uwagi na prognozowane wyhamowanie gospodarki. Stąd określenie wartości wskaźnika na proponowanym przez Wykonawcę poziomie 3% jest uzasadnione, co potwierdza fakt, iż na takim właśnie lub zbliżonym poziomie inni Zamawiający określają wartość wskaźnika GUS którego przekroczenie uprawnia Wykonawcę do waloryzacji wynagrodzenia. Powyższe dowodzi, iż mechanizm zmiany wynagrodzenia wynikający z § 26 ust. 17 ma charakter pozorny. W praktyce nie nastąpi sytuacja uprawniająca strony do zmiany wynagrodzenia z wykorzystaniem opisanego mechanizmu. Taki sposób sformułowania warunków progowych, de facto uniemożliwia zmianę wynagrodzenia prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ustawy Pzp.

Odwołujący 1 podkreślał, że określenie przez Zamawiającego dodatkowego terminowego warunku skorzystania z waloryzacji prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie za wykonanie jednej z części przedmiotu zamówienia w ogóle nie będzie podlegało waloryzacji. Zgodnie bowiem z §4 ust. 1 Wzoru Umowy, przedmiot Umowy podzielony został przez Zamawiającego na część I i część II. Część I obejmująca przebudowę wiaduktu kolejowego wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie obiektu powinna zostać wykonana do dnia 30.11.2023 roku. Biorąc natomiast pod uwagę termin związania ofertą określony w SWZ tj. 03.10.2022 roku, należy stwierdzić, że przewidywany termin podpisania Umowy to październik/listopad 2022 roku. Mając na względzie wskazaną datę zakończenia Części I jak też możliwość waloryzacji dopiero po 12 miesiącach od dnia podpisania Umowy (przy czym tylko „na przyszłość" odnośnie zakresu niezrealizowanego) stwierdzić należy, że wynagrodzenie za wykonanie części I w ogóle nie będzie podlegało waloryzacji, a jeżeli tak, to w bardzo nikłym zakresie. Oznacza to, że równowaga ekonomiczna stron będzie zachwiana. Prawidłowe określenie klauzuli waloryzacyjnej ma służyć jej zrównoważeniu, stąd w ocenie wykonawcy termin od którego Wykonawca mógłby wnioskować o waloryzację powinien zostać dostosowany do przedmiotowego zamówienia i być zdecydowanie skrócony względem terminu podpisania umowy, tak aby możliwe było objęcie waloryzacją również wynagrodzenia za wykonanie części 1.

Analogiczne wnioski dotyczą określenia przez Zamawiającego limitu waloryzacji na 5% wynagrodzenia Wykonawcy. Jak wskazane zostało powyżej celem wprowadzania do Umów klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie równowagi ekonomicznej stron. Określenie limitu waloryzacji na określonym przez Zamawiającego poziomie, przy jednoczesnych dodatkowych warunkach określonych w Umowie w zakresie podstaw waloryzacji potwierdza stanowisko, że klauzula waloryzacyjna opracowana przez Zamawiającego ma charakter czysto pozorny.

Odwołujący przedstawił argumentację dotyczącą zarzutu nr 2.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący 1 wskazał, że wnosi o zmianę §7 ust. 2 Wzoru Umowy poprzez wskazanie w nim, że okres

gwarancji i rękojmi biegnie od dnia dokonania odbioru robót, nie zaś od odbioru bezusterkowego. Podkreślał, że określony przez Zamawiającego termin rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi, jest sprzeczny z zasadami dotyczącymi wskazanych instytucji, które co oczywiste rozpoczynają swój bieg z momentem odbioru przedmiotu umowy, nie zaś odbioru bezusterkowego. Wskazane stanowisko Wykonawcy znajduje swoje uzasadnienie w przepisach k.c., zgodnie z którymi okres rękojmi biegnie od wydania rzeczy kupującemu (art. 568 k.c.), analogiczne postanowienia określone zostały w art. 577 par 4 k.c. dot. gwarancji. Mając to na względzie nie ulega wątpliwości, że okres gwarancji i rękojmi powinien biec od wydania przedmiotu umowy Zamawiającemu. Podkreślenia dodatkowo wymaga, że pozostawienie postanowienia w pierwotnym brzmieniu, oznaczałaby, że okres gwarancji i rękojmi nie rozpoczynałby swojego biegu z uwagi na wadę bądź usterkę nieistotną nie powodującą problemów w użytkowaniu przedmiotu umowy. Zgodnie bowiem ze wskazanym postanowieniem umownym rozpoczęcie biegu okresu i rękojmi uzależnione jest od niewystąpienia jakiejkolwiek wady, czy jakiejkolwiek usterki. Taki warunek, może oznaczać przesuniecie rozpoczęcia biegu terminu z powodu bardzo nieznacznych niedoróbek, co również spowodowuje obciążenie Wykonawcy nadmiernym i nieuzasadnionym ryzykiem wystąpienia wad i usterek przedmiotu umowy, co przełoży się na kalkulację ofertową każdego wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 czerwca 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

Zarzut określony w punkcie 1. petitum odwołania został uwzględniony przez Zamawiającego w części dotyczącej § 26 ust. 17 pkt. a) Projektu umowy. W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Zamawiający sprostował ww. oświadczenie i przyznał, że nie jest to uwzględnienie w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a jedynie zmiana § 26 ust. 17 lit. a) projektu umowy.

W zakresie zarzutu I. Zamawiający wskazał, iż w treści SWZ zamieścił zapisy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia zgodne z treścią art. 439 ustawy Pzp, tj. w zakresie poziomu zmiany cen materiałów i kosztów, sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika ceny materiałów lub kosztów, a także sposobu określenia okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia oraz maksymalna wartość zmiany. Ustawa nie narzuca odgórnie Zamawiającemu określonego poziomu waloryzacji. To na Zamawiającym jako autorze postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, spoczywa obowiązek dokonania analizy swoich potrzeb i wymagań, przedmiotu zamówienia, terminu i warunków jego realizacji, a w konsekwencji wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej w kształcie i wysokości odpowiadającym charakterowi i specyfice danego przedsięwzięcia. Zamawiający po dokonaniu szczegółowej analizy wskaźnika wzrostu cen produkcji budowlano - montażowej, ustalił, że w okresie ostatnich 12 miesięcy publikowany przez GUS wskaźnik wynosił 11% (11% wzrostu cen w stosunku do kwietnia 2021), a sumaryczna wartość wskaźnika budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej z ostatnich 12- tu miesięcy wyniosła 10,3%. Obecna sytuacja geopolityczna, trwająca wojna na terytorium Ukrainy oraz prognozy finansowe dały podstawę sądzić Zamawiającemu, że utrzyma się jego tendencja wzrostowa. Potwierdza to opublikowany w miesiącu czerwcu wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej w maju, który wyniósł już 12,2% oraz sumaryczna wartość wskaźnika budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej z ostatnich 12-tu miesięcy, która wyniosła odpowiednio 11,1%. Zatem stwierdzenie zawarte przez Strabag Sp. z o.o. w odwołaniu w zakresie pozornej klauzuli waloryzacyjnej nie znajduje uzasadnienia. Wychodząc jednak naprzeciw oczekiwaniom Wykonawcy, przy jednoczesnym uwzględnieniu możliwości finansowych Miasta Kalisza, wysokość wskaźnika została, przez Zamawiającego zmniejszona z poziomu 12% do 10%. Obniżenie klauzuli waloryzacji do poziomu 3% jest niemożliwe. Zarząd Dróg Miejskich w Kaliszu jako jednostka budżetowa Miasta Kalisza zobligowany jest w sposób planowy, gospodarny i racjonalny wydatkować środki publiczne. W związku z powyższym ustalenie maksymalnego pułapu wynagrodzenia za realizowane zamówienie publiczne, a tym samym maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jest istotne zwłaszcza z perspektywy prowadzenia gospodarki finansowej przez Zamawiającego. Ponadto, w opinii Zamawiającego, Wykonawca na etapie przygotowania oferty winien uwzględnić w niej ewentualne zmiany kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i odpowiednio je oszacować, gdyż zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej może powodować odpowiednie zwiększenie, jak również zmniejszenie wynagrodzenia. Reasumując powyższe, zdaniem Zamawiającego, wysokość wskaźnika waloryzacji na poziomie 10% jest optymalna i realnie dostosowana do panującej sytuacji gospodarczo - politycznej oraz możliwości finansowych Miasta Kalisz, przy jednoczesnym zachowaniu ekwiwalentności świadczeń stron.

Zarzut nr 2 został uwzględniony przez Zamawiającego w całości.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Zamawiający wskazał,

że po analizie linii orzeczniczej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych, stoi na stanowisku, że ani przepisy obowiązującego prawa ani też argumentacja przedstawiona w orzeczeniach sądów czy KIO, nie daje podstaw do przyjęcia, aby momentem rozpoczynającym bieg terminu rękojmi i gwarancji miał być odbiór robót budowalnych, w trakcie którego stwierdzono nadające się do usunięcia wady. W sposób wręcz oczywisty jest to rozumowanie nieuprawnione i nie znajdujące poparcia w aktualnym i adekwatnym dorobku judykatury. Zamawiający ma prawo żądać objęcia rękojmią i gwarancją przedmiotu umowy, który wolny jest od jakichkolwiek wad zaś dopiero wady, które ujawnią się po odebraniu przedmiotu umowy, które jest kompletne i całkowicie zgodne z umową może odbywać się w reżimie rękojmi i gwarancji. Pomimo jednoznacznych wypowiedzi orzecznictwa w przedmiocie braku podstaw prawnych do uzależnienia wypłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od bezusterkowego odbioru końcowego robót, to jednak próżno szukać takiego stanowiska w kontekście początku biegu terminu gwarancji. Wręcz przeciwnie, gdy chodzi o początek terminu przewidzianego dla zamawiającego na skorzystanie z przysługujących mu uprawnień, wyraźnie wskazuje się moment odbioru dzieła bez jakichkolwiek wad. Doskonałym i wciąż aktualnym przykładem takiego sposobu rozumienia tej kwestii jest uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 października 1997 r. (sygn. akt III CZP 42/97) gdzie stwierdza się, że: „jeżeli przyjmujący zamówienie usuwa wady dzieła na żądanie zamawiającego (art. 636 § 1 k.c.), przewidziany w art. 646 k.c. dwuletni termin przedawnienia roszczenia zamawiającego o zwrot kosztów poprawienia dzieła przez inną osobę rozpoczyna bieg od dnia oddania dzieła po wykonaniu poprawek przez przyjmującego zamówienie, a jeśli to nie nastąpiło - od upływu terminu do poprawienia,

wyznaczonego przez zamawiającego.” W przypadku zatem umowy o roboty budowlane, będącej swego rodzaju podtypem umowy o dzieło, termin dla Zamawiającego na skorzystanie z uprawnień quasi gwarancyjnych „startuje” z chwilą odbioru robót po usunięciu ich wad. Co ważne, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział szczegółową procedurę usuwania przez wykonawcę wad stwierdzonych w trakcie odbioru (§ 20 projektu umowy) i zastrzegł, że wady i usterki, które nie dyskwalifikują przedmiotu umowy z odbioru, muszą zostać usunięte w sztywno zakreślonym terminie. Wobec tego, zgodnie z cytowaną wyżej uchwałą, termin rękojmi i gwarancji może się rozpocząć dopiero po usunięciu wad i usterek zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Takie ukształtowanie zapisów umowy jest rozmyślne i ma na celu dyscyplinowanie wykonawcy zadania publicznego, by jak najszybciej doprowadził przedmiot umowy do stanu w całości zgodnego z umową. Należy tu bowiem mieć na względzie szczególny charakter robót będących przedmiotem umowy, powodujących liczne i dolegliwe uciążliwości dla użytkowników infrastruktury miejskiej, a także zagrożenia w ruchu drogowym.

Sygn. akt: KIO 1583/22

W dniu 13 czerwca 2022 r. wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 2” lub „BUDIMEX”] wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 106b ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 106e ust. 1 pkt 3) i pkt 5), oraz art. 19a ust. 1 w zw. z art. 29a ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 931 z późn.zm) poprzez ukształtowanie wymogów dotyczących sposobu fakturowania w §24 ust. 8-9 projektu umowy w sposób nieproporcjonalny

w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego, co w każdym w/w przypadku z osobna oraz łącznie doprowadza do ograniczenia zasady proporcjonalności tj. w szczególności przez ustanowienie obowiązku wystawienia faktury VAT z tyt. wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane na podmioty inne niż Zamawiający (jako nabywcy usługi) co może uniemożliwić zainteresowanym Wykonawcom, w tym i Odwołującemu złożenie oferty;

2. art. 99 ustawy Pzp w zw. z art. 106b ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 106e ust. 1 pkt 3) i pkt 5), oraz art. 19a ust. 1 w zw. z art. 29a ust 1 ustawy o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 931 z późn.zm) w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób utrudniający uczciwą konkurencje i nieprzejrzysty tj. przez ustalenie sposobu fakturowania w §24 ust. 8-9 projektu umowy sprzecznie z obowiązkiem wystawienia faktury VAT jedynie na nabywcę towarów lub usług, tym samym może to uniemożliwić zainteresowanym Wykonawcom, w tym i Odwołującemu złożenie oferty, co stanowi naruszenie zasad przewidzianych w ww. bezwzględnie obowiązujących przepisach Pzp;

3. art. 353^1 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw.

z art. 106e ust. 1 pkt 3) i pkt 5), oraz art. 19a ust. 1 w zw. z art. 29a ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 931 z późn.zm) poprzez ukształtowanie wymogów dotyczących sposobu fakturowania w §24 ust. 8-9 projektu umowy w sposób sprzeczny z ustawą oraz wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ oraz załącznika nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (w szczególności projektu umowy w §24 ust. 8-9) w ten sposób aby Wykonawca nie był zmuszony do wystawiania faktury VAT, po wykonaniu zleconych mu i odebranych przez Zamawiającego robót budowlanych, bezpośrednio na PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu oraz na Energa-Oparator S.A. Oddział w Kaliszu jako nabywców usługi.

W ocenie Odwołującego 2 projektowane postanowienia umowne sformułowane w §24 ust. 8-9 zostały określone w sposób niezgodny z w/w przepisami Ustawy Pzp oraz powszechnie obowiązującego prawa - tj. m.in. kodeksu cywilnego oraz ustawy o podatku od towarów i usług. Analizę powyższych wymagań Zamawiającego należy rozpocząć od wskazania przepisu Ustawy o podatku od towarów i usług VAT - art. 106e, który stanowi m.in. że:

1. Faktura powinna zawierać:

[...]

3) imiona i nazwiska lub nazwy podatnika i nabywcy towarów lub usług oraz ich adresy;

[.]

5) numer, za pomocą którego nabywca towarów lub usług jest zidentyfikowany na potrzeby podatku lub podatku od wartości dodanej, pod którym otrzymał on towary lub usługi, z zastrzeżeniem pkt 24 lit. b.

Zgodnie z powyższym przepisem fakturę VAT wystawia się na nabywcę towarów/usług. Nie ma żadnego sposobu by wystawiać fakturę na inny podmiot niż na ten, który zleca wykonanie danej szeroko rozumianej usługi. Za nabywcę usługi należy bowiem uznać podmiot, z którym wiąże wykonawcę odpowiedni stosunek cywilnoprawny (umowa) regulujący obowiązek wykonania usługi np. roboty budowlanej i korelujący z nim obowiązek zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego. Przyjęta zatem przez Zamawiającego w projekcie umowy na niniejsze zadanie konstrukcja rozliczenia wynagrodzenia przyszłego wykonawcy za wykonane roboty budowlane przez podmioty trzecie tj. spółki PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu oraz Energa-Operator S.A. Oddział w Kaliszu jest chybiona. Wskazane wyżej podmioty to gestorzy sieci w zakresie branży energetycznej (Energa) oraz kanalizacji sanitarnej (PWiK), z którymi Zamawiający zawarł stosowne porozumienia dot. realizacji niniejszego zadania. Odwołujący 2 w związku z tym zakłada, że przy ich tworzeniu zabrakło szerszej i szczegółowej analizy prawnopodatkowej, która obecnie w konsekwencji narusza wszystkie w/w bezwzględnie obowiązujące podstawowe zasady Ustawy Pzp oraz innych ustaw, w tym kodeksu cywilnego i ustawy o podatku VAT. Zastosowanie się do nakazanych projektem umowy w/w postanowień przez wykonawcę prowadziłoby niewątpliwie także do naruszenia przepisów podatkowych i w związku z tym narażało na odpowiedzialność wynikającą z kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego. W ocenie Odwołującego 2 Zamawiający zbyt daleko ingeruje w sposób wystawiania faktur na wykonane usługi przez Wykonawców co implikuje szereg poważnych konsekwencji prawnych.

Odwołujący 2 podkreślał, że ten sam skutek Zamawiający może osiągnąć także przez rozwiązania bardziej adekwatne, nie naruszające obowiązujących zasad i zgodne z tzw. zasadą proporcjonalności. Zasada ta wprowadzona do ustawy Pzp została zwarta w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (dalej „Dyrektywa"). Zgodnie z art. 18 Dyrektywy Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

W orzecznictwie TSUE (zob. wyrok TSUE z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie Assitur Srl) wypracowano tzw. test proporcjonalności, który wymaga odpowiedzi na dwa zasadnicze pytania: 1) Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje

się do jego realizacji? 2) Czy środek nie wykracza poza to, co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu? (vide Wyrok KIO z dnia 15 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 714/17; Wyrok KIO z 04 października 2019 roku sygn. akt. KIO 1859/19). Odwołujący 2 zwracał uwagę, że przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu Zamawiającego np. w szybkim przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadniał, że postawiony przez Zamawiającego wymóg wystawienia faktur VAT na podmioty nie będące nabywcą usługi w planowanej do zawarcia umowie, w ocenie Odwołującego wyżej opisanego testu proporcjonalności nie spełnia, ponieważ da się go zastąpić instytucją refinansowania poczynionych przez Zamawiającego wydatków czy określenia w/w podmiotów zewnętrznych mianem „płatników" a nie „nabywcy" usługi, zastosowania zamiast obowiązku wystawienia bardzo sformalizowanej ustawą i przepisami wykonawczymi faktury VAT - notą obciążeniową, czy np. zastosowania instytucji przewidzianej w art. 38 Ustawy Pzp tj. udzielenie zamówienia publicznego przez kilku Zamawiających (zarządcę drogi i gestora sieci) itp. itd. Rozwiązanie przyjęte zaś przez Zamawiającego w projekcie umowy stanowi realną i rzeczywistą barierę uniemożliwiającą ubieganie się o zamówienie przez profesjonalny podmiot działający na danym rynku. W tym miejscu należy także przytoczyć tezy Wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 14 czerwca 2004 roku sygn. akt SK 21/03, zgodnie z którym zasada proporcjonalności winna być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, czyli rzeczywiście służące realizacji zamierzonych celów. Ponadto chodzi tutaj o środki niezbędne w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób albo w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to także skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów.

Odwołujący 2 wskazał, iż niejednokrotnie spotykał się już w praktyce z podobnymi rozwiązaniami narzucanymi przez Zamawiających czy to na etapie prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych czy już na etapie realizacji konkretnych zadań. Na kanwie tych doświadczeń występował także o wydanie przez Ministra Finansów interpretacje podatkowe. Odwołujący w związku z tym do odwołania załącza Interpretację indywidualną Ministra Finansów, wydaną przez upoważnionego Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie nr IPPP1/443-1734/08-3/AP z 09 grudnia 2008 r. w stosunku do częściowo analogicznej sytuacji jaka miała miejsce względem spółki Budimex Dromex S.A. (KRS: 0000131057), która została następnie przejęta przez spółkę Odwołującego.

Pomimo upływu lat i wielu zmian tzw. ustawy o VAT, główne motywy tego rozstrzygnięcia są aktualne i tożsame ze stanem faktycznym opisanym w niniejszym odwołaniu. W podsumowaniu w/w Interpretacji czytamy m.in.: Reasumując, mając na względzie powołane wyżej przepisy należy stwierdzić, iż prawidłowe udokumentowanie przeprowadzonej transakcji zobowiązuje do wystawienia faktury na faktycznego odbiorcę dostarczonych towarów lub wykonanych usług oraz jej ujęcie w rozliczeniu za miesiąc, w którym powstał obowiązek podatkowy. Faktem jest, iż Wnioskodawca zawarł umowę z Miastem Poznań i związku z tym to właśnie Miasto jest beneficjentem wykonywanych przez Wnioskodawcę czynności, czyli podmiotem na rzecz którego następuje świadczenie. Zatem nie jest możliwe wystawienie ani faktur VAT, ani faktur korygujących do wystawionych wcześniej faktur VAT tak, aby jako nabywcę wskazywały AQUANET [gestor sieci wod.-kan. w Poznaniu - przyp. Odwołującego], bowiem spółka ta nie jest nabywcą świadczonych usług, lecz jedynie podmiotem dokonującym zapłaty

Rozwijając także tezę zarzutu nr 2 Odwołujący 2 wskazał, że postanowienia §24 ust. 8-9 projektu umowy, które stanowią jednocześnie opis przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 99 ustawy Pzp uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty zgodnie z przepisami podatkowymi. Ewentualnie złożenie takiej oferty zgodnie z wymogami opisu przedmiotu zamówienia Zamawiającego spowoduje konieczność naruszenia prawa podatkowego przez przyszłego wykonawcę na etapie już realizacji zamówienia. Stanowi to jaskrawy przykład naruszenia zasad przewidzianych w ww. bezwzględnie obowiązujących przepisach Pzp, zgodnie bowiem z art. 16 ust. 1 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Trudno zatem mówić w tym przypadku o uczciwej konkurencji skoro znajdują się na rynku firmy, które nie będą mogły wystawić faktury VAT w sposób opisany przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący 2 w stosunku do treści zarzutu nr 3 podniósł, że zawarcie umowy zgodnie z brzmieniem obecnie obowiązującego projektu, będącego częścią specyfikacji warunków zamówienia w ramach niniejszego postępowania, prowadziłoby niewątpliwie do powstania niemożliwej do usunięcia wady prawnej uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 58 kodeksu cywilnego (który stosujemy w tym przypadku na podstawie art. 8 ust. 1 Ustawy PZP

do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych) czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy (§1). Nieważna jest także czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (§ 2).

Dodatkowo zgodnie z §353^1 kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 czerwca 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż współfinansowanie przedsięwzięcia publicznego przez partnera prywatnego nie jest instytucją obcą polskiemu prawu zamówień publicznych i w przypadku realizacji przedsięwzięć w oparciu o umowy zawarte w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, fakturowanie części zadania przez wykonawcę na podmiot spoza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest niemal regułą. Abstrahując jednak od powyższego najistotniejszą okolicznością dla kwestionowanego postępowania jest fakt, że Zamawiający przewidział i zobowiązał wykonawcę do podpisania trójstronnych porozumień z gestorami sieci energetycznej i odrębnie wodociągowej, które w efekcie mają być podstawą dla wystawienia przez Wykonawcę faktury. Porozumienia z ENERGA-OPERATOR SA oraz z PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu stanowią integralną część umowy, której projekt jest elementem SWZ. Stanowi o tym wprost § 5 pkt 5 i 6 projektu umowy, której treść w całości, czyli wraz z dokumentami stanowiącymi składowe umowy, Wykonawca musi zaakceptować. Okoliczność tę zdaje się ignorować odwołujący wskazując jedynie na zapisy projektu umowy regulujące techniczną kwestię płatności, będącą tylko efektem porozumień jakie mają zostać zawarte. Całkowicie chybiony jest zatem zarzut, że nie istnieje węzeł prawny, który stanowiłby podstawę dla bezpośredniej na rzecz Wykonawcy płatności pochodzącej od rzeczywistego beneficjenta wykonanych robót. Taką podstawę stanowią porozumienia, mocą których Zamawiający, który zleca wykonanie robót do majątku gestorów, przenosi jednocześnie na gestorów obowiązek zapłaty za te roboty, na co zgodę wyraża wierzyciel wynagrodzenia, czyli Wykonawca. Taka konstrukcja nie powoduje nadmiernych trudności dla żadnej ze stron, a wręcz pozwala uniknąć konieczności koordynowania prac dwóch ekip na jednym placu budowy, co z pewnością mogłoby mieć negatywny wpływ na możliwość bezkolizyjnej realizacji zadania przez odwołującego Wykonawcę. Nie doznają zatem uszczerbku żadne zasady, o których szeroko mowa w odwołaniu, a Wykonawca wbrew twierdzeniom odwołania może w sposób zgodny z prawem, także podatkowym, wystawić fakturę za roboty wykonane w interesie gestorów sieci. Dodatkowo, zgodnie z treścią porozumień wprowadzonych do treści projektu umowy, prawo Wykonawcy do wystawienia faktury zaktualizować ma się dopiero po odbiorze przez gestorów części zadania stanowiącej ulepszenie na sieci (w przypadku ENERGA) i rozbudowy sieci (w przypadku PWiK). Zapisy te wskazują jasno na czyje de facto dobro roboty zostaną wykonane, choć zlecone mają być, za zgodą właściciela sieci, przez Zamawiającego. Nie bez znaczenia jest również fakt, że w świetle art. 32 ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U.2021.1376 t.j.) Zamawiający nie może finansować ulepszeń czy przysporzeń do majątku innych osób ze środków publicznych i to nawet jeżeli przysporzenia są konieczne w związku z budową, przebudową czy rozbudową drogi. Wręcz stanowi się tam, że jeżeli w wyniku uzgodnień zarządcy drogi z zainteresowaną stroną zostaną wprowadzone ulepszenia urządzeń, koszty tych ulepszeń pokrywa odpowiednio ich właściciel lub użytkownik. Emanacją powyższej zasady są właśnie porozumienia, których projekty załączam.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 i 2 posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 13 i 14 czerwca 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionych odwołaniach. Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami i zmianami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 1 lipca 2022 r.

W sprawie o sygn. akt: KIO 1564/22 Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego 1:.

1. harmonogram rzeczowo-finansowy przedmiotowi inwestycji;

2. historyczny wykaz GUS obrazujący jak kształtowały się wskaźniki produkcji budowlano-montażowej od roku 2010 wraz z materiałem źródłowym;

3. symulacja SIDiR wzrostu kosztów inwestycji i przewidzianej kwoty waloryzacji w oparciu o klauzulę waloryzacyjną przygotowaną przez Zamawiającego;

4. projektowane postanowienia umowne opracowane przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad dotyczące dwóch różnych kontraktów.

Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 1583/22 Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego 2, tj.:

1. pismo PKP PLK S.A. z dnia 19 maja 2022 r. wraz z aneksem nr 1 do kontraktu prowadzonego przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie;

2. Interpretację indywidualną Ministra Finansów wydaną przez upoważnionego Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie nr IPPP1/443-1734/08-3/AP z 9 grudnia 2008 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 4 projektu umowy:

1. Termin wykonania przedmiotu umowy ustala się w ciągu 760 dni od dnia zawarcia umowy z zastrzeżeniem, iż zakres zwany w dalszej części umowy jako „część I" obejmujący przebudowę wiaduktu kolejowego wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie obiektu: do dnia 30.11.2023 r. Pozostały zakres robót objęty przedmiotem umowy zwany jest w dalszej części umowy jako „cześć II".

2. Przekazanie kompletnej dokumentacji powykonawczej - w ciągu 21 dni od daty zakończenia wszystkich robót budowlanych.

Zgodnie z § 5 projektu umowy, Integralną część niniejszej umowy stanowią: 5/ Porozumienie pomiędzy Miastem Kalisz a PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu, 6/ Porozumienie pomiędzy Miastem Kalisz a Energa-Operator S.A. Oddział w Kaliszu.

Zgodnie z § 7 ust. 2 projektu umowy: Termin rękojmi za wady i gwarancji jakości ustala się następująco:

1/roboty budowlane - .....* miesięcy/miesiące* od daty bezusterkowego odbioru

końcowego,

2/oznakowanie poziome cienkowarstwowe - 6 miesięcy od daty bezusterkowego odbioru końcowego,

3/oznakowanie poziome grubowarstwowe - 36 miesięcy od daty bezusterkowego odbioru końcowego,

4/pielęgnacja i utrzymanie terenów zielonych - 24 miesiące od daty bezusterkowego odbioru końcowego.

Zgodnie z § 24 projektu umowy:

8. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania robót objętych kosztorysem ofertowym na budowę kanalizacji sanitarnej w ul. Częstochowskiej, Rzymskiej i Torowej (zakres PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu) zostanie rozliczone po odbiorze końcowym robót w oparciu o uzyskany branżowy odbiór techniczny - zgodnie z porozumieniem pomiędzy Miastem Kalisz a PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu - na podstawie faktury wystawionej przez Wykonawcę bezpośrednio na PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu. Uregulowanie należności na rzecz Wykonawcy nastąpi w ciągu 21 dni od daty otrzymania faktury przez PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu.

9. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania robót objętych kosztorysem ofertowym na skablowanie linii elektroenergetycznej nN w ul. Częstochowskiej zostanie rozliczone w drugiej transzy po odbiorze końcowym robót w oparciu o uzyskany branżowy odbiór techniczny - zgodnie z porozumieniem pomiędzy Miastem Kalisz a Energa-Operator S.A. Oddział w Kaliszu - na podstawie faktury wystawionej przez Wykonawcę w części na Miasto Kalisz- Zarząd Dróg Miejskich w Kaliszu, a w części przez Energa-Operator S.A. Oddział w Kaliszu. Uregulowanie należności na rzecz Wykonawcy przez EnergaOperator S.A. Oddział w Kaliszu nastąpi w ciągu 21 dni od daty otrzymania faktury przez Energa-Operator

S.A. Oddział w Kaliszu.

Zgodnie z § 26:

- ust. 1 projektu umowy:

Wynagrodzenie należne Wykonawcy określone w § 8 ust. 1 może ulec odpowiedniej zmianie w przypadku świadczenia usługi będącej przedmiotem umowy w okresie powyżej 12 miesięcy oraz wystąpienia jednej z następujących okoliczności:

1/ zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego;

2/ 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;

3/ zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

4/ zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018r. o pracowniczych planach kapitałowych;

5/ zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia; Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala się na 12 % w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert.

- na zasadach i w sposób określony w ust. 2-17, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę.

- ust. 17 projektu umowy:

17. Ponadto Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp:

a) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia względem ceny lub kosztów zawartych w ofercie wynagrodzenie może zostać odpowiednio zwaloryzowane, jeżeli wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej, publikowany przez GUS, uległ w okresie realizacji przedmiotu umowy zmianie o co najmniej 12%,

b) zmiana cen materiałów lub kosztów uprawniająca strony do wystąpienia z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia ustalana będzie na podstawie wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowej, ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za dany rok realizacji robót przewidzianych w umowie,

c) zmiana wynagrodzenia zgodnie z ppkt. a) będzie dopuszczalna nie częściej niż raz na 12 miesięcy obowiązywania umowy, przy czym początkowy termin uprawniający do żądania ustalenia zmiany wynagrodzenia nastąpić może nie wcześniej niż po 12 miesiącach od zawarcia umowy,

d) waloryzacja wartości umowy odnosi się wyłącznie do zakresu przedmiotu umowy jeszcze nie zrealizowanego na dzień złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia; wniosek ten nie

może zatem obejmować zmiany wynagrodzenia w zakresie przedmiotu umowy wykonanego przed terminem złożenia wniosku,

e) maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji nie może przekroczyć 5% wartości całkowitego wynagrodzenia netto określonego w umowie, w całym okresie jej obowiązywania,

f) Strony, które otrzymają wniosek o zmianę wynagrodzenia przekażą drugiej stronie swoje stanowisko w ' sprawie w terminie 14 dni od dnia otrzymania wniosku,

g) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z powyżej określonymi zasadami, zgodnie z art. 439 ust. 5 ustawy Pzp 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:

- przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi,

- okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

h) wartość zmiany (WZ), o której mowa w ust. 1 pkt 5 określa się na podstawie wzoru:

WZ = (W x F)/100, przy czym:

W - wynagrodzenie netto za zakres Przedmiotu Umowy, niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku,

F - suma dwunastu następujących po sobie wartości wskaźników cen budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej (w ujęciu miesięcznym) wynikających z komunikatów Prezesa

GUS;

i) postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ppkt. e).

W dniu 24 czerwca 2022 r. Zamawiający udostępnił na stronie internetowej projekty porozumień między Miastem Kalisz - ZDM w Kaliszu, PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu i przyszłym wykonawcą zamówienia, jak również między Miastem Kalisz - ZDM w Kaliszu, ENERGA-OPERATOR S.A. i przyszłym wykonawcą zamówienia.

W dniu 27 czerwca 2022 r. Zamawiający zmienił treść § 26 ust. 17 lit. a projektu umowy nadając mu brzmienie:

„17. Ponadto Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp:

a) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia względem ceny lub kosztów zawartych w ofercie wynagrodzenie może zostać odpowiednio zwaloryzowane, jeżeli wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej, publikowany przez GUS, uległ w okresie realizacji przedmiotu umowy zmianie o co najmniej 10%”.

Izba zważyła, co następuje:

Tytułem wstępu wskazać należy, iż zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei w myśl art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. i, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 58 § 1 k.c., czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Z kolei stosownie do treści § 2 ww. przepisu, nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie w świetle art. 353^1 k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W tym miejscu wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje

ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353^1 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). Wskazać należy, iż rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353^1 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

Jednocześnie stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Sygn. akt: KIO 1564/22

Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II.2. petitum odwołania podlegało umorzeniu wobec złożonego przez Zamawiającego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron oświadczenia w przedmiocie uwzględnienia zarzutu odwołania.

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 353^1 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie w § 26 ust. 17 Wzoru Umowy potwierdził się w części w jakiej dotyczył maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji.

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 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. Podkreślić należy, iż 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 (tak KIO w wyroku z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt: KIO 2335/21). Jednocześnie należycie sformułowana klauzula waloryzacyjna sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z treści art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Podkreślić należy, że przepis ma charakter ogólny stanowiąc, że „określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia” bez wskazania, czy chodzi o wartość „w górę”, tj. wartość

o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone, czy o wartość „w dół", tj. wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zmniejszone. Wobec tego wnioskować należy, że celem przepisu jest określenie limitów „maksymalnych" zmian wynagrodzenia w obie strony, celem zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron.

Odnosząc się do postawionego w odwołaniu zarzutu Izba wskazuje, iż za uzasadnione należało uznać stanowisko Odwołującego 1, który kwestionował przyjęty przez Zamawiającego w § 26 ust. 17 lit. e projektu umowy limit waloryzacji na poziomie 5% całkowitego wynagrodzenia netto określonego w umowie, w całym okresie jej obowiązywania, żądając jego podniesienia do 10%, w celu zapewnienia równowagi ekonomicznej stron. W ocenie Izby propozycję Odwołującego 1 co do kształtu zaskarżonego postanowienia umownego należy uznać za racjonalną i wyważoną zwłaszcza w kontekście aktualnej sytuacji gospodarczej w kraju i na świecie. Izba wzięła również pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego 1 w postaci projektowanych postanowień umowy stosowanych przez kluczowego zamawiającego w branży drogowej, który w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego określa limit waloryzacji na poziomie +/- 10% wynagrodzenia netto, wytyczając niejako kierunek oczekiwanych przez rynek zmian w celu zwiększenia ochrony obu stron kontraktu przed zjawiskiem „schodzenia" wykonawców z placów budów.

Mając na uwadze powyższe, w tym wobec braku dowodów przeciwnych ze strony Zamawiającego oraz biernej postawy Zamawiającego w zakresie omawianego zarzutu, który nie odniósł się do stanowiska Odwołującego 1, zarzut należało uwzględnić w zakresie w jakim dotyczył maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Odwołującego 1 prezentowanej w ramach omawianego zarzutu dotyczącej zasadności wykreślenia postanowienia § 26 ust. 17 lit. c projektu umowy oraz obniżenia tzw. progu wejścia do waloryzacji określonego w § 26 ust. 17 lit. a projektu umowy.

Za niewykazane Izba uznała żądanie Odwołującego 1 dotyczące wykreślenia postanowienia § 26 ust. 17 lit. c projektu umowy przewidującego dodatkowy termin warunkujący skorzystanie z klauzuli waloryzacyjnej. W § 26 ust. 17 lit. c projektu umowy, Zamawiający dopuścił możliwość zmiany wynagrodzenia nie częściej niż raz na 12 miesięcy obowiązywania umowy, przy czym wskazał, że początkowy termin uprawniający do żądania ustalenia zmiany wynagrodzenia nastąpić może nie wcześniej niż po 12 miesiącach od zawarcia umowy. W ocenie Izby złożony przez Odwołującego 1 harmonogram rzeczowo - finansowy przedmiotowej inwestycji i sporządzona na jego podstawie symulacja wzrostu kosztów inwestycji i przewidzianej kwoty waloryzacji zgodnie z klauzulą waloryzacyjną Zamawiającego nie uzasadniały zmiany kwestionowanego postanowienia umowy. W szczególności w ocenie Izby zabrakło szerszej analizy postanowień SWZ i wymogów Zamawiającego stanowiących podstawę opracowania harmonogramu w kontekście zakresu przedmiotowego robót wymaganego do realizacji w ramach poszczególnych części inwestycji, tj. części I i części II. Analiza stanowisk prezentowanych przez Strony postępowania odwoławczego doprowadziła Izbę do przekonania, iż nie sposób wykluczyć innego rozkładu podziału prac realizowanych w ramach obu części inwestycji oraz związanego z tym rozkładu ryzyk niż przedstawiony przez Odwołującego 1. Ze sporządzonego przez Odwołującego 1 harmonogramu rzeczowo - finansowego zadania publicznego wynika, że wartość robót dotycząca części II inwestycji, która podlegałaby ewentualnej waloryzacji stanowiła ok. 30% wartości kontraktu. Zauważyć jednak należy, iż w sytuacji gdyby prace dotyczące etapu 2 części I inwestycji (ul. Częstochowska od ul. Braci Gillerów do ronda) zostały zrealizowane w ramach części II, co zdaniem Zamawiającego było konieczne ze względu na charakter i specyfikę prac, to wartość robót podlegających waloryzacji objętych częścią II uległaby podwyższeniu. Na podstawie złożonego przez Odwołującego 1 harmonogramu nie sposób jednak precyzyjnie ustalić jak w takiej sytuacji kształtowałaby się wartość prac dotycząca części II inwestycji, ponieważ Odwołujący 1 przedstawił łącznie zakres rzeczowo - finansowy prac objętych etapem 2 i 3 części I inwestycji, przy czym wartość etapu 2 i 3 wynosiła ok. 46% wartości robót części I inwestycji. W świetle zapisów specyfikacji Odwołujący 1 nie wyjaśnił również dlaczego prace dotyczące etapu 3 zaplanował do realizacji w części I inwestycji, skoro twierdził, że w pierwszym roku prac konieczny do wykonania zakres prac obejmował etap 1.

Jeżeli chodzi natomiast o ustanowioną przez Zamawiającego w § 26 ust. 17 lit. a projektu umowy tzw. klauzulę progu wejścia do waloryzacji Izba nie znalazła podstaw do jej podważenia i uznania, że działanie Zamawiającego narusza właściwe przepisy ustawy Pzp. W projekcie umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia względem ceny lub kosztów zawartych w ofercie wynagrodzenie, jeżeli wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej, publikowany przez GUS, uległ w okresie realizacji przedmiotu umowy zmianie o co najmniej 10%, podczas gdy zdaniem Odwołującego 1 ww.

wskaźnik winien zostać ustanowiony na poziomie 3%.

Odnosząc się do ww. zarzutu przede wszystkim zauważyć należy, iż ustanowiony przez Zamawiający wskaźnik oparty został na wiarygodnych danych publikowanych przez GUS. Jak wyjaśnił Zamawiający w piśmie z dnia 13 czerwca 2022 r. z analizy wzrostu cen produkcji budowlano - montażowej, wynika, że w okresie ostatnich 12 miesięcy publikowany przez GUS wskaźnik wynosił 11% (11% wzrostu cen w stosunku do kwietnia 2021), a sumaryczna wartość wskaźnika budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej z ostatnich 12- tu miesięcy wyniosła 10,3%. W opinii Zamawiającego obecna sytuacja geopolityczna, trwająca wojna na terytorium Ukrainy oraz prognozy finansowe dały podstawę sądzić Zamawiającemu, że utrzyma się jego tendencja wzrostowa, co potwierdza opublikowany w miesiącu czerwcu wskaźnik cen produkcji budowlano - montażowej w maju, który wyniósł już 12,2% oraz sumaryczna wartość wskaźnika budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej z ostatnich 12-tu miesięcy, która wyniosła odpowiednio 11,1%.

Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego podparte danymi GUS Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż działanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp.

Okoliczności tej nie zmienia stanowisko Odwołującego 1, który wskazywał, że obecne uwarunkowania rynkowe wskazują, że ww. wskaźniki na koniec bieżącego roku najprawdopodobniej spadną, z uwagi na prognozowane „wyhamowanie" gospodarki. W ocenie Izby Odwołujący 1 nie przedstawił jednak wiarygodnych danych i prognoz uzasadniających prawdopodobieństwo spowolnienia gospodarki czy też zbliżenia się poziomu inflacji do 3 - 4%. Stanowiska Odwołującego 1 nie potwierdza złożony dowód w postaci symulacji wzrostu kosztów inwestycji, który należy uznać za niemiarodajny wobec braku wyjaśnienia założeń eksperta co do przyjętej wysokości zmiany wzrostu cen w okresie od października 2023 r. do końca realizacji inwestycji.

W końcu Izba wskazuje, iż żądanie zmiany § 26 ust. 17 lit. h projektu umowy zgodnie z brzmieniem proponowanym przez Odwołującego 1 nie zostało uzasadnione, a podnoszona w toku rozprawy przez odwołującego się Wykonawcę kwestia rozbieżności pomiędzy § 26 ust. 1 pkt 5 projektu umowy oraz § 26 ust. 17 lit. a projektu umowy, jako wykraczająca poza zarzuty odwołania, którymi Izba jest związana, nie mogła być przedmiotem oceny.

W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 353^1 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp w zakresie w jakim dotyczył brzmienia § 26 ust. 17 lit. a, c oraz h projektu umowy nie zasługiwał na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 353^1 k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c., art. 568 § 1 k.c. i 577 § 4 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie w § 7 ust. 2 Wzoru Umowy terminów rozpoczęcia biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązujący prawem, tj. od daty bezusterkowego odbioru robót.

Zgodnie z art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Z kolei stosownie do treści art. 568 § 1 zd. pierwsze k.c., sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości - przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu. Jednocześnie w świetle art. 577 § 4 k.c., jeżeli nie zastrzeżono innego terminu, termin gwarancji wynosi dwa lata licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana.

W ocenie Izby stanowisko przedstawione przez Odwołującego 1 było prawidłowe, a zatem rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi winno nastąpić z chwilą wydania rzeczy Zamawiającemu, tj. odbioru robót budowlanych, nie zaś odbioru bezusterkowego. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego 1 znajduje poparcie w orzecznictwie sądowym, w którym akcentuje się, iż odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane, jest nieważne w rozumieniu art. 647 k.c. (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. I ACa 689/16). Jednocześnie w orzecznictwie podnosi się, że konieczność odbioru „bezusterkowego" jest przesłanką nieprzewidzianą w k.c., a art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane odwołuje się do „odbioru robót" a nie „bezusterkowego odbioru robót".

Tym samym, w sytuacji gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji (tak wyrok SA w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. V ACa 1302/17). Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 17 lutego 2000 r. I ACa 1027/99 wskazując, że „odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady" oraz Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 5 czerwca 2013 r. I ACa 806/12 wskazując, że „z art. 647 KC wynika, że podstawowym obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, zaś podstawowymi obowiązkami zamawiającego są, oprócz przedsięwzięcia wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem frontu robót, także odebranie obiektu i zapłata umówionego wynagrodzenia. Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Nie można uznać, że zamawiający może odmówić przyjęcia robót w przypadku dotknięcia tych robót jakimikolwiek wadami, skoro z chwilą odbioru zamawiający nabywa wobec wykonawcy - wobec ich stwierdzenia - roszczenia z tytułu rękojmi i ewentualnie gwarancji jakości, o ile taka była przewidziana w umowie."

Uwzględniając powyższe rozważania prawne stwierdzić należy, iż słusznie wywodził Odwołujący 1, że w świetle przepisów prawa niedopuszczalne jest uzależnianie rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji jakości od daty bezusterkowego odbioru robót budowlanych, co oznaczałoby, że okresy te nie rozpoczynałyby swojego biegu z uwagi na wadę bądź usterkę nieistotną niepowodującą problemów w użytkowaniu przedmiotu umowy.

Wobec powyższego Izba uwzględniła przedmiotowy zarzut i nakazała Zamawiającemu usunięcie z § 7 ust. 2 projektu umowy postanowień warunkujących rozpoczęcie bieg rękojmi i gwarancji jakości od bezusterkowego odbioru robót, gdyż odbiór robót wyznacza początek biegu ww. terminów.

Sygn. akt: KIO 1583/22

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Za uzasadnione Izba uznała zarzuty naruszenia art. 99 ustawy Pzp oraz art. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 106b ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 106e ust. 1 pkt 3) i pkt 5), oraz art. 19a ust. 1 w zw. z art. 29a ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 931 z późn.zm) [dalej „ustawa VAT"] oraz art. 353^1 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 106e ust. 1 pkt 3) i pkt 5), oraz art. 19a ust. 1 w zw. z art. 29a ust. 1 ustawy VAT.

Stosownie do treści art. 19a ust. 1 ustawy VAT, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą dokonania dostawy towarów lub wykonania usługi, z zastrzeżeniem ust. 1a, 1b, 5 i 7-11,i Zgodnie natomiast z art. 29a ust. 1 ustawy VAT, podstawą opodatkowania, z zastrzeżeniem ust. 2, 3 i 5, oraz jest wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej, włącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika. W myśl art. 106b ust. 1 pkt 1 ustawy VAT, podatnik jest obowiązany wystawić fakturę dokumentującą sprzedaż, a także dostawę towarów i świadczenie usług, o których mowa w dokonywane przez niego na

rzecz innego podatnika podatku, podatku od wartości dodanej lub podatku o podobnym charakterze lub na rzecz osoby prawnej niebędącej podatnikiem. Zgodnie z art. 106e ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy VAT, faktura powinna zawierać imiona i nazwiska lub nazwy podatnika i nabywcy towarów lub usług oraz ich adresy, a także numer, za pomocą którego nabywca towarów lub usług jest zidentyfikowany na potrzeby podatku lub podatku od wartości dodanej, pod którym otrzymał on towary lub usługi, z zastrzeżeniem pkt 24 lit. b.

Przedmiotem sporu zawisłego przed Izbą było rozstrzygnięcie, czy ustanowione w specyfikacji warunków zamówienia regulacje umowne § 24 ust. 8 i 9 dotyczące zasad rozliczeń z potencjalnym wykonawcą zamówienia zostały ukształtowane w sposób nienaruszający przepisy ustawy Pzp, Kodeksu cywilnego oraz ustawy VAT.

W ocenie Odwołującego 2 fakturę VAT, zgodnie z art. 106e ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy VAT, wystawia się na nabywcę towarów lub usługi, zatem nie ma żadnego sposobu, aby wystawiać fakturę na inny podmiot niż na ten, który zleca wykonanie danej szeroko rozumianej usługi. Za nabywcę usługi należy uznać podmiot, z którym wiąże wykonawcę odpowiedni stosunek cywilnoprawny (umowa) regulujący obowiązek wykonania usługi np. roboty budowlanej i korelujący z nim obowiązek zapłaty wynagrodzenia przez zamawiającego. Odwołujący 2 stał na stanowisku, że przyjęta w projekcie umowy konstrukcja wystawienia przez wykonawcę faktury VAT bezpośrednio na PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu oraz Energa-Operator S.A. Oddział w Kaliszu będących gestorami sieci narusza przepisy ustawy o VAT, stanowi barierę w dostępie do zamówienia, ponieważ uniemożliwia Odwołującemu 2 złożenie oferty zgodnie z przepisami prawa podatkowego, uchybia zasadzie proporcjonalności, jak również twierdził, że zawarcie umowy w obecnym kształcie będzie stanowiło czynność prawną sprzeczną z ustawą.

Z kolei Zamawiający podniósł, że przewidział i zobowiązał wykonawcę do podpisania trójstronnych porozumień z gestorami sieci energetycznej i odrębnie wodociągowej, które w efekcie mają być podstawą dla wystawienia przez Wykonawcę faktury. Zamawiający uzasadniał, że mocą zawartych porozumień zleca wykonawcy wykonanie robót do majątku gestorów, przenosząc jednocześnie na gestorów obowiązek zapłaty za te roboty, na co zgodę wyraża wierzyciel wynagrodzenia, czyli wykonawca. Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe porozumienia stanowią integralną część umowy w sprawie zamówienia publicznego. W opinii Zamawiającego chybiony jest zarzut Odwołującego 2, że nie istnieje węzeł prawny, który stanowiłby podstawę dla bezpośredniej na rzecz Wykonawcy płatności pochodzącej od rzeczywistego beneficjenta wykonanych robót.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zasadne jest przedstawienie uwag natury ogólnej. Po pierwsze wskazać należy, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, nie zaś reklamacyjny, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla stron postępowania. Tym samym w ramach toczącego się przed Izbą procesu strony są zobligowane do popierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych stron, tj. udzielania głosu na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty) - tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09. Charakter postępowania (kontradyktoryjność) powoduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 8 ustawy Pzp i przechodząc do art. 6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie, zauważyć należy, iż przedmiotowe zagadnienie w dużej mierze dotyczyło prawa podatkowego, a najwłaściwszym podmiotem do rozstrzygnięcia spornej materii byłby Dyrektor Krajowej Izby Skarbowej uprawniony do wydania interpretacji przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie zgodnie z art. 14b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.), która może dotyczyć zaistniałego stanu faktycznego lub zdarzeń przyszłych. Nie ulega przy tym wątpliwości, że działania zamawiającego nie mogą pozostawać w sprzeczności m.in. z przepisami ustawy VAT.

Uwzględniając powyższe uwagi natury ogólnej, w tym szczególności zasadę kontradyktoryjności i rozkładu ciężaru dowodowego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, iż Zamawiający nie odparł stanowiska prezentowanego przez Odwołującego 2. Podnieść należy, że stanowisko przedstawione przez Zamawiającego miało charakter dalece ogólny. Zamawiający nie przedstawił żadnej

argumentacji prawnej referującej do przepisów prawa, w tym w szczególności ustawy VAT, a zwłaszcza art. 8 ust. 2a tej ustawy, która uzasadniałaby czynność Zamawiającego. Ze stanowiska Zamawiającego nie wynikało, aby sporne zagadnienie było przedmiotem pogłębionej analizy prawnej, a zauważyć należy, iż Zamawiający winien przedstawić rzeczową argumentację uzasadniającą wprowadzone do projektu umowy postanowienia, zwłaszcza gdy są kwestionowane przez wykonawców w ramach środków ochrony prawnej.

Wbrew stanowisku Zamawiającego nie była przedmiotem sporu okoliczność, iż w świetle przepisów prawa dopuszczalna jest zapłata wynagrodzenia przez gestorów sieci bezpośrednio na rzecz wykonawcy robót budowlanych. Jak wskazał bowiem w toku rozprawy Odwołujący 2 „czym innym jest wystawienie faktury a czym innym dokonanie płatności. Płatność może zostać wykonana przez inny podmiot niż nabywca usługi lub towaru." Tym samym prezentowane przez Zamawiającego stanowisko jakoby istniał węzeł prawny (porozumienia trójstronne), który stanowiłby podstawę dla bezpośredniej na rzecz wykonawcy płatności pochodzącej od rzeczywistego beneficjenta wykonanych robót nie podważa argumentacji Odwołującego 2. Dalej zauważyć należy, iż Zamawiający nie twierdził, że w przedmiotowej sprawie nabywcą towaru lub usługi w zakresie części robót budowlanych - w rozumieniu prawnopodatkowym - będą gestorzy sieci, określając ich mianem „rzeczywistego beneficjenta wykonanych robót". Co więcej, Zamawiający nie wskazał wprost, że wykonawca może, zgodnie z prawem, wystawić fakturę za roboty budowlane wykonane w majątku gestorów określając ich jako nabywców towarów lub usług. Zamawiający nie wyjaśnił przy tym dlaczego uważał, iż zlecone przez niego, za zgodą właściciela sieci, roboty budowlane uprawniałyby wykonawcę do wystawienia faktury VAT, w której jako nabywca towarów lub usług figurowałby właściwy gestor sieci. Niniejszego sporu nie rozstrzyga także przywołany przez Zamawiającego art. 32 ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1376 ze zm.), który stanowi, że jeżeli w wyniku uzgodnień zarządcy drogi z zainteresowaną stroną zostaną wprowadzone ulepszenia urządzeń, koszty tych ulepszeń pokrywa odpowiednio ich właściciel lub użytkownik. Jak już wskazano powyżej rozważenia wymagała kwestia dopuszczalności - w świetle przepisów prawa - określenia gestora sieci jako nabywcy usługi lub towaru, w przypadku robót budowlanych zleconych przez Zamawiającego, ale na rzecz osoby trzeciej.

Co istotne, Zamawiający nie odniósł się również do proponowanych przez Odwołującego 2 rozwiązań alternatywnych zawisłego sporu, jak choćby możliwości zastosowania mechanizmu refakturowania, czy też wystawienia noty obciążeniowej. Zamawiający nie twierdził przy tym, że przewidziane w projekcie umowy wymogi dotyczące wystawienia faktur VAT przez przyszłego wykonawcę zamówienia bezpośrednio na gestorów sieci, stanowią jedyne przewidziane prawem rozwiązanie.

Zamawiający wbrew regule, o której mowa w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawił także żadnego dowodu potwierdzającego prawidłowość prezentowanej argumentacji, w przeciwieństwo do Odwołującego 2, który posiłkował się Interpretacją indywidualną Ministra Finansów wydaną przez upoważnionego Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie nr IPPP1/443-1734/08-3/AP z 9 grudnia 2008 r. dla Budimex Dromex S.A., która została przejęta przez spółkę Odwołującego. Jak wynika z ww. Interpretacji „(...) Reasumując, mając na względzie powołane wyżej przepisy należy stwierdzić, iż prawidłowe udokumentowanie przeprowadzonej transakcji zobowiązuje do wystawienia faktury na faktycznego odbiorcę dostarczonych towarów lub wykonanych usług oraz jej ujęcie w rozliczeniu za miesiąc, w którym powstał obowiązek podatkowy. Faktem jest, iż Wnioskodawca zawarł umowę z Miastem Poznań i związku z tym to właśnie Miasto jest beneficjentem wykonywanych przez Wnioskodawcę czynności, czyli podmiotem na rzecz którego następuje świadczenie. Zatem nie jest możliwe wystawienie ani faktur VAT, ani faktur korygujących do wystawionych wcześniej faktur VAT tak, aby jako nabywcę wskazywały AQUANET, bowiem spółka ta nie jest nabywcą świadczonych usług, lecz jedynie podmiotem dokonującym zapłaty (.)".

Mając na uwadze powyższe, w tym w szczególności aktywność procesową Stron, Izba uznała, że Zamawiający nie przedstawił argumentacji, która poddawałaby w wątpliwość stanowisko Odwołującego 2, podparte zdaniem doradcy podatkowego, jak i materiałem dowodowym. Wobec powyższego Izba uwzględniał zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia przez usunięcie z § 24 ust. 8-9 projektu umowy postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek wystawienia faktury VAT bezpośrednio na PWiK Sp. z o.o. w Kaliszu oraz Energa - Operator S.A. Oddział w Kaliszu wraz z uwzględnieniem konsekwencji wprowadzonej zmiany w pozostałych postanowieniach dokumentów zamówienia.

Jednocześnie Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego 2 stanowiący projekt aneksu do kontraktu prowadzonego przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie uznając, iż jest on nieprzydatny do rozpoznania niniejszej sprawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1564/22 Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), rozdzielając je pomiędzy Odwołującego i Zamawiającego po połowie z uwagi na fakt, iż uwzględnieniu podlegał zarzut zawarty w punkcie II.1 w części oraz zarzut zawarty w punkcie II. 3 petitum odwołania. W konsekwencji Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10.000 zł stanowiącą połowę kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz zniosła wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 1583/22 o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....