Sygn. akt: KIO 1601/22

WYROK

z dnia 5 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu,

w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Łódzki z siedzibą w Łodzi,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 późn. 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:

Zamawiający - Uniwersytet Łódzki - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Usługa sprzątania obiektów i terenów użytkowanych przez Uniwersytet Łódzki. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 czerwca 2022 r. pod nr 2022/S 111-312345.

W dniu 15 czerwca 2022 r. wykonawca Impel S.A. wniósł odwołanie wobec treści projektowanych postanowień umowy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 431 i art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kc, poprzez ustalenie postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, z określeniem, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia zostanie dokonana po 1,5 roku obowiązywania umowy.

Odwołujący wskazał, że termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie został ustalony przez Zamawiającego, zgodnie SWZ, na okres 36 miesięcy od daty podpisania umowy i przywołał treść art. 439 ustawy Pzp, nakazującego, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy wniż 12 miesięcy, wprowadzenie postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący podał, że Zamawiający w § 13 ust. 3 pkt 6 projektu umowy przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia umownego w odniesieniu do cen i materiałów poprzez wprowadzenie do projektu umowy następujących zapisów:

(...) stosownie do treści art. 439 ust. 1 ustawy Pzp zmiana maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy, może nastąpić w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, przy czym:

a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy wynosi

10%;

b) pierwsza zmiana maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy może nastąpić po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy i począwszy od kolejnego miesiąca po opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego komunikatu w sprawie wskaźnika cen towarów i usług

konsumpcyjnych.

c) zmiana maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy może nastąpić nie częściej niż 1 raz na 12 miesięcy trwania umowy, z uwzględnieniem pkt

b).

d) zmiana maksymalnych cen jednostkowych zawartych w Załączniku nr 1a do umowy nastąpi o wartość wskaźnika, o którym mowa w pkt b).

e) waloryzacja maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy może nastąpić pod warunkiem, że zmiana cen związanych z realizacją zamówienia ma rzeczywisty wpływ na koszt wykonania niniejszej umowy.

f) W sytuacji wystąpienia okoliczności uprawniających do zmiany maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy, strony nawzajem są względem siebie uprawnione do złożenia pisemnego wniosku o zmianę umowy w zakresie płatności dotyczących okresu, za który waloryzacja ma nastąpić. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie odpowiedniego wskaźnika GUS, będącego podstawą takiego żądania wraz z potwierdzeniem, że nastąpiła jego zmiana uzasadniająca żądanie. Ponadto wraz z wnioskiem należy podać dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia po zmianie umowy, w szczególności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia a wpływem zmiany kosztów realizacji umowy na kalkulację maksymalnych cen jednostkowych zawartych w Załączniku nr 1a do umowy. Ponadto w przypadku żądania podwyższenia maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy, należy również przedstawić dowody ich poniesienia w zwiększonej wysokości.

4. Ewentualne zmiany umowy wyszczególnione w ust. 3 pkt 1 - 6, pod rygorem nieważności, wymagają formy pisemnej, w postaci aneksu.

5. Wykonawca, którego maksymalne ceny jednostkowe określone w Załączniku nr 1a do umowy zostały zmienione zgodnie z ust. 3 pkt 6, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

Odwołujący podniósł, że podczas prac nad ustawą Pzp wielokrotnie wskazywano, że przepisy nowej ustawy mają przede wszystkim na celu wprowadzenie regulacji, która będzie zmierzała do lepszego wyważenia interesów stron umowy o zamówienie publiczne. Narzędziami, które miały temu służyć, są postanowienia dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności przepis określający obowiązkowe klauzule umowne, przepis art. 433 ustawy Pzp, określający klauzule niedozwolone, czy art. 439 ustawy Pzp dotyczący

obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie nie wszystkie zasady wynikające z przepisów ustawy zostały wprowadzone do umowy. Treść § 13 ust. 3 pkt 6 jest nieprecyzyjna. Zamawiający nie wskazuje, czy zmiana wynagrodzenia w odniesieniu do odpowiedniego wskaźnika w komunikacie ogłaszanym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego odnosić się będzie do wartości miesięcznej, kwartalnej czy rocznej. Daje to Zamawiającemu możliwość dowolnej interpretacji w zakresie rozpatrzenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia w zakresie cen i materiałów co narusza postanowienia art. 439 Ustawy. Odwołujący zaznaczył, że waloryzacja dopuszczalna jest po 12 miesiącach, a kolejna waloryzacja nastąpić może po upływie 12 miesięcy. Zważywszy na fakt, że waloryzacja ma obowiązywać od miesiąca następującego po miesiącu publikacji wskaźnika, to gdyby przyjąć, że chodzi o wskaźnik roczny, to pierwszą waloryzację wykonawca otrzyma po 1,5 roku (umowa ma być realizowana od 1 sierpnia 2022 r., a roczny wskaźnik jest publikowany z reguły w styczniu roku następnego po roku badanym).

Odwołujący podniósł, że postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego w istotny sposób naruszają ratio legis art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca wszystkie ryzyka na wykonawców. To wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty, tj. na ok 1,5 roku po rozpoczęciu umowy. Zamawiający zaś nie ponosi żadnego ryzyka takiego działania, gdyż zawierając umowę w 2022 r., niejako gwarantuje sobie stawki świadczenia usług po cenach z roku 2022 bez uwzględnienia ryzyka zmian oraz inflacji, czy innych wahań na rynku, który jest bardzo podatny na wszelkie zmiany w światowej gospodarce.

Odwołujący podniósł, że naczelną zasadą przy budowaniu klauzul waloryzacyjnych powinno być uczciwe uprzedzenie wykonawców już w treści umowy, o zamiarze waloryzacji wartości świadczenia i wskazanie według jakich kryteriów będzie to następowało. Zamawiający winien stworzyć taki mechanizm, który obu stronom da pewność, co do czynników, które mogą mieć wpływ na zmianę wartości świadczenia i które dzięki temu nie będą zarzewiem sporu. W dzisiejszych realiach poziom inflacji zmienia się bardzo dynamicznie i osiąga rekordowe wielkości, jeśli chodzi o wzrost cen, co sprawia, że gwarancja rentowności kontraktu zależy w dużej mierze od jasno określonych warunków waloryzacji wynagrodzenia. Potencjalny wykonawca pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia przy tak szybko galopującym wzroście cen mógłby bowiem ponieść stratę, pomimo rzetelnej kalkulacji cen w momencie składania oferty. Takie działanie sprzeciwia się ustawie, a co za tym idzie zasada swobody umów w tym zakresie ulega ograniczeniu w oparciu o art. 353(1) KC. Swoboda kształtowania postanowień umowy ulega ograniczeniom wynikającym z ustawy. Takim przepisem jest art. 439 ustawy Pzp, gdyż

Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy, niż 12 miesięcy oraz dokonania waloryzacji wynagrodzenia. Ponadto, takie działanie zamawiającego przeczy także zasadzie współdziałania Zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia publicznego (art. 431 ustawy Pzp). Podstawowym obowiązkiem umownym Zamawiającego w przypadku przedmiotowego zamówienia jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane usługi, zatem Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą w sposób lojalny (tj. niemający na celu wykorzystania silniejszej pozycji Zamawiającego w stosunku zobowiązaniowym) oraz w sposób zmierzający do zapłaty wynagrodzenia w wysokości, która jest ekwiwalentna do przedmiotu zamówienia i pozwoli na pokrycie niezbędnych kosztów, związanych z realizacją usługi. W przypadku przedmiotowego zamówienia, Zamawiający przerzucił wszelkie ryzyka, związane z realizacją zamówienia na wykonawcę.

Konkludując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący obejście przepisów art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie - postanowienia umowy w takim brzmieniu nie powinny być akceptowane i powinny ulec zmianie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 13 ust. 3 pkt 6 projektu umowy dla wszystkich części i wpisanie w jego miejsce postanowień o treści:

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:

a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.

b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy -, przy czym zmiana jest dopuszczalna:

- w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert;

- w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;

c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;

d) suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 10 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1.

e) zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w § 13 ust. 3 pkt 6 projektu umowy (załącznik nr 5 do SWZ) Zamawiający określił następujące zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy:

3. Poza przypadkami określonymi w § 13 ust. 2 umowy, Zamawiający dopuszcza zmiany postanowień zawartej umowy w opisanych niżej okolicznościach:

6) stosownie do treści art. 439 ust. 1 ustawy Pzp zmiana maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy, może nastąpić w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, przy czym:

a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy wynosi 10%;

b) pierwsza zmiana maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy może nastąpić po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy i począwszy od kolejnego miesiąca po opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego komunikatu w sprawie wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych.

c) zmiana maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy może nastąpić nie częściej niż 1 raz na 12 miesięcy trwania umowy, z uwzględnieniem pkt b).

d) zmiana maksymalnych cen jednostkowych zawartych w Załączniku nr 1a do umowy

nastąpi o wartość wskaźnika, o którym mowa w pkt b).

e) waloryzacja maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy może nastąpić pod warunkiem, że zmiana cen związanych z realizacją zamówienia ma rzeczywisty wpływ na koszt wykonania niniejszej umowy.

f) W sytuacji wystąpienia okoliczności uprawniających do zmiany maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy, strony nawzajem są względem siebie uprawnione do złożenia pisemnego wniosku o zmianę umowy w zakresie płatności dotyczących okresu, za który waloryzacja ma nastąpić. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie odpowiedniego wskaźnika GUS, będącego podstawą takiego żądania wraz z potwierdzeniem, że nastąpiła jego zmiana uzasadniająca żądanie. Ponadto wraz z wnioskiem należy podać dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia po zmianie umowy, w szczególności należy wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany wynagrodzenia a wpływem zmiany kosztów realizacji umowy na kalkulację maksymalnych cen jednostkowych zawartych w Załączniku nr 1a do umowy. Ponadto w przypadku żądania podwyższenia maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy, należy również przedstawić dowody ich poniesienia w zwiększonej wysokości.

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp:

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.

2. 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.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

Stosownie do art. 353(1) Kc 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.

Art. 431 ustawy Pzp stanowi, że 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 Zamawiający, określając zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, nie naruszył przywołanych wyżej przepisów.

Odnosząc się do zarzutów odwołania w pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Podniesione przez Odwołującego zarzuty nie zmierzają - zdaniem Izby - do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy dotyczącym waloryzacji wynagrodzenia treści korzystniejszej dla wykonawcy.

Po pierwsze, zaskarżone postanowienia umowy nie naruszają przepisów art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający zamieścił w projekcie umowy postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a postanowienia te zawierają wszystkie elementy wymagane art. 439 ust. 2 ustawy. Zaznaczenia wymaga przy tym, że ww. przepis wyznacza minimalny zakres postanowień waloryzacji wynagrodzenia, nie określa natomiast konkretnych zasad tej waloryzacji, które pozostawione zostały do decyzji zamawiającego.

Podkreślić należy, że zarzuty odwołania zostały oparte na niezasadnej tezie, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może zostać dokonana po 1,5 roku obowiązywania umowy. W ocenie Izby twierdzenie to nie ma żadnego oparcia w brzmieniu § 13 ust. 3 pkt 6 projektu umowy. Zgodnie bowiem z § 13 ust. 3 pkt 6 ppkt b projektu umowy pierwsza zmiana maksymalnych cen jednostkowych określonych w Załączniku nr 1a do umowy może nastąpić po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy i począwszy od kolejnego miesiąca po opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego komunikatu w sprawie wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych. Odwołujący całkowicie bezpodstawnie utożsamia komunikat, o którym mowa w § 13 ust. 3 pkt 6 ppkt b projektu umowy z komunikatem w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych. Interpretacja taka jest nieuprawniona, biorąc pod uwagę, że postanowienia umowy jasno wskazują na możliwość waloryzacji wynagrodzenia po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy i w żaden sposób nie odwołują się do średniorocznego wskaźnika inflacji oraz konieczności oczekiwania na jego publikację. Z powyższego wynika, że wykonawca będzie uprawniony do waloryzacji wynagrodzenia po 12 miesiącach, a waloryzacja ta zostanie ustalona w oparciu o aktualny wskaźnik inflacji. W związku z powyższym zarzuty wywodzone z tezy o dopuszczalności waloryzacji wynagrodzenia dopiero po upływie 1,5 roku obowiązywania umowy już tylko z tego powodu należy uznać za niezasadne.

W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że nawet gdyby Zamawiający określił w projektowanych postanowieniach umowy, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może zostać dokonana po 1,5 roku obowiązywania umowy, nie mogłoby być to automatycznie postrzegane jako naruszenie przepisów ustawy. Przepisy te nie określają bowiem terminu pierwszej waloryzacji wynagrodzenia, nakazują jedynie, aby umowa zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy, określała zasady takiej waloryzacji, co jednak nie oznacza, że waloryzacja taka musi nastąpić od razu po 12 miesiącach.

Za oczywiście niezasadne należy uznać stanowisko Odwołującego prezentowane podczas rozprawy, zgodnie z którym nawet w sytuacji, gdy wykonawca uzyskuje prawo do waloryzacji wynagrodzenia po 12 miesiącach obowiązywania umowy, należy to uznać za niezgodne z przepisami ustawy, biorąc pod uwagę niepewną sytuację gospodarczą, z jaką obecnie mamy do czynienia. Odnosząc się do tego stanowiska po pierwsze wskazać należy, że zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązek zawarcia w umowie klauzuli waloryzacyjnej dotyczy wyłącznie umów na roboty budowlane lub usługi, zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Oznacza to, że ustawodawca uznał okres do 12 miesięcy za dający możliwość odpowiedniego skalkulowania ryzyka związanego z sytuacją gospodarczą. Skoro umowa zawierana na okres do 12 miesięcy nie musi zawierać klauzul waloryzacyjnych, to nie sposób twierdzić, że umowa zawierana na okres dłuższy musi taką waloryzację dopuszczać wcześniej niż po 12 miesiącach. Odnosząc się natomiast do twierdzeń Odwołującego o nadzwyczaj dużym ryzyku gospodarczym obecnie zawieranych umów, wskazać należy, że wprowadzenie do umowy postanowień zgodnych z art. 439 ust.

2 ustawy Pzp ma właśnie za zadanie niwelowanie takiego ryzyka. Gdyby natomiast sytuacja gospodarcza pogorszyła się w sposób nadzwyczajny, istotnie odbiegający od obecnych prognoz ekonomicznych, które przecież można i powinno się uwzględnić przy kalkulowaniu cen, to wykonawca byłby uprawniony do dochodzenia zmiany wysokości świadczenia na zasadach określonych w art. 357(1) § 1 Kc, który stanowi, że jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

Odnosząc się do wskazanego w kwalifikacji prawnej zarzutu przepisu art. 353(1) Kc stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, aby swoboda Zamawiającego w kształtowaniu zaskarżonych postanowień przekraczała granice wyznaczone tym przepisem. Wniosek jaki wynika z uzasadnienia tego zarzutu jest tylko taki, że zakwestionowane postanowienia są dla wykonawcy niekorzystne, gdyż wiążą się dla niego z określonym ryzykiem, czego jednak nie można utożsamiać z naruszeniem przepisów ustawowych. Ryzyko to dla okresu pierwszych 12 miesięcy jest bowiem możliwe do oszacowania i nie przekracza ustawowych granic, poza którymi należy wykonawcy zapewnić narzędzia służące jego zniwelowaniu.

Za nietrafne należy również uznać twierdzenie Odwołującego, jakoby zaskarżona klauzula waloryzacyjna naruszała przepis art. 431 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, że przepis ten dotyczy nie tyle umownego określenia praw i obowiązków stron, co sposobu ich wykonywania na etapie realizacji umowy, tj. obowiązku takiego zachowywania się, aby nie utrudniać drugiej stronie spełniania i przyjmowania świadczeń. Nie sposób uznać, że Zamawiający, opisując w projektowanych postanowieniach umowy zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (i czyniąc to w zgodzie z przepisami ustawy określającymi obwiązki z tym związane) naruszył zasadę współdziałania, o której mowa w art. 431 ustawy Pzp.

Na koniec zauważenia wymaga, że sformułowany w odwołaniu wniosek co do zakresu zmian klauzuli waloryzacyjnej w znacznej mierze nie koresponduje z podniesionymi zarzutami i wychodzi daleko poza ich zakres. Odwołujący domagał się bowiem nie tylko zmiany terminu pierwszej waloryzacji (a tylko tego dotyczyły podniesione w odwołaniu zarzuty), ale również zmiany dotyczącej częstotliwości waloryzacji, a także daleko idącej modyfikacji w zakresie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniających do żądania zmiany wynagrodzenia. Takie określenie żądań odwołania należy uznać za bezpodstawne i nieprawidłowe.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: .....