Sygn. akt KIO 1822/22

WYROK

z dnia 2 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Dawid Gajewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez wykonawcę Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 433 pkt 4) w związku z art. 16 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, i nakazuje PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie usunięcie postanowienia § 16 ust. 16.10 Projektu Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w 4/5 oraz zamawiającego

PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w 1/5 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 3 000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu,

3.3 zasądza od Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 2 160 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące sto sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 1822/22

UZASADNIENIE

W dniu 11 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Bilfinger Industrial Services Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") - na czynność zamawiającego - PGE Energia Ciepła spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający") - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usuwanie usterek i awarii urządzeń i instalacji branży elektrycznej w PGE EC S.A. Oddział Elektrociepłownia w Gorzowie Wielkopolskim Numer referencyjny: POST/PEC/PEC/UZI/00738/2022" (dalej jako „Postępowanie"), polegającą „na wadliwym przygotowaniu dokumentów zamówienia - wadliwym sporządzeniu postanowień Projektu Umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej: Projekt Umowy), tj. następujących postanowień dotyczących:

1. ustalenia wysokości poszczególnych kar umownych oraz łącznej maksymalnej wysokości (górnej granicy) kar umownych, których mogą dochodzić strony, tj. pkt. 16.10, 13.1, 13.4, 13.5, 13.9,

2. zastrzeżenia nieproporcjonalnej wysokości kar umownych określanych kwotowo, tj.

pkt 13.7 oraz 13.8

3. możliwości naliczania kar umownych wielokrotnie za jedno zdarzenie, tj. pkt 13.1 oraz

13.2

4. możliwości arbitralnego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego skutkującego w praktyce możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, tj. pkt 16.10

5. mechanizmu waloryzacji, tj. pkt. 4.6 oraz 4.8.4

6. płatności wynagrodzenia za prace wykonywane w trybie awaryjnym, tj. pkt 4.3

7. wynagrodzenia wykonawcy za dokonywanie zakupu części zamiennych lub materiałów, tj. pkt 4.2.3 w związku z Załącznikiem nr 7 do SWZ - Formularzem Ofertowym - pozycja „Wskaźnik zakupu materiałów i usług (Podwykonawcy) dostarczonych przez Wykonawcę"".

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1. art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. poprzez

ukształtowanie postanowień umownych dotyczących kar umownych w sposób sprzeczny z celem i właściwością stosunku prawnego, którym jest umowa w sprawie zamówienia publicznego oraz art. 8 Pzp w zw. z art. 5 oraz art. 484 k.c poprzez żądanie kar nieuzasadnionych celem przepisu i rażąco wygórowanych;

2. art. 433 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. poprzez ukształtowanie postanowień umownych w sposób naruszający zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją poprzez wprowadzenie postanowień, które umożliwiają zakończenie z woli zamawiającego umowy bez zapewnienia minimalnej wielkości lub wartości jej wykonania;

3. art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 8 Pzp w zw. z art.

58 k.c i 353[1] k.c. poprzez ukształtowanie postanowień umownych w sposób sprzeczny z ideą klauzuli waloryzacyjnej i jej znaczenia dla obrotu prawnego, a także w sposób sprzeczny z przepisami prawa, lub zmierzający do ich obejścia;

4. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 7 pkt 32) oraz art. 8 Pzp w zw. z art. 487 § 2 k.c. poprzez wprowadzenie wymagania oferowania cen za składniki zamówienia, które są rażąco niskie lub nieodpłatne, a więc żądania złożenia ofert, które muszą podlegać odrzuceniu, a także zaproponowanie takich reguł wykonywania umowy, w których świadczenie zamawiającego nie jest odpowiednikiem świadczenia wykonawcy.

5. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 15 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: znku) poprzez wprowadzenie wymagań wymuszających na wykonawcach oferowanie części usług poniżej ceny ich wykonania, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w art. 15 znku.”.

Odwołujący wniósł o:

„1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany kwestionowanych postanowień umownych w taki sposób, aby nie naruszały ww. przepisów prawa;

3. zasądzenie do Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o „zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika”.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 czerwca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 123-351102.

W Projekcie Umowy, stanowiącym Załącznik nr 2 (dalej jako „Projekt”) do Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) zawarto następujące postanowienia:

1) § 1 ust. 1.1 „Definicje Na potrzeby niniejszej Umowy poniższe słowa i wyrażenia pisane wielką literą będą miały znaczenie tutaj im przypisane. Niniejsze definicje stanowią uzupełnienie i nie zastępują żadnej definicji zawartej w pozostałych dokumentach Umowy i wprowadzonej do Umowy w drodze odniesienia, niemniej jednak w przypadku sprzeczności lub niezgodności, przeważające znaczenie będą miały poniższe definicje: (...) „Wynagrodzenie Umowne” - oznacza łączną cenę brutto za Prace określoną w §4 Umowy, należną Wykonawcy, po ewentualnych korektach lub zmianach zgodnie z Umową, chyba że w umowie wprost wskazano, że dotyczy wynagrodzenia umownego netto.”,

2) § 4 ust. 4.1 „Wynagrodzenie Umowne za wykonanie przedmiotu Umowy zgodnie z zakresem podstawowym określonym w §2 oraz Załączniku nr 1 do Umowy w okresie obowiązywania Umowy nie będzie wyższe niż (.) PLN netto (słownie: (.). Złotych (.) /100 netto) plus podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, tj. (.) PLN brutto (słownie: (.). złotych (.) /100 brutto). Ostateczna wartość Wynagrodzenia Umownego stanowić będzie sumę wartości wynagrodzeń za faktycznie zrealizowane przez Wykonawcę i odebrane przez Zamawiającego Prace w okresie obowiązywania Umowy, Wynagrodzenie Umowne obejmuje wynagrodzenie należne Wykonawcy z tytułu przeniesienia Praw Własności Intelektualnej (w tym prawa własności nośników, na których dokumentacja Wykonawcy została utrwalona),

udzielenie zezwoleń oraz wykonanie pozostałych zobowiązań Wykonawcy, o których mowa w §10 Umowy. Z zastrzeżeniem zdania kolejnego Zamawiający gwarantuje, że w okresie obowiązywania Umowy zleci Wykonawcy realizację Prac o wartości, co najmniej 30 % Wynagrodzenia Umownego netto wskazanego powyżej. Gwarantowany poziom, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie dotyczy sytuacji gdy Zamawiający odstąpi od umowy lub rozwiążę umowę z przyczyn nie leżących po wyłącznej stronie Zamawiającego.",

3) § 4 ust. 4.2 „Rozliczanie wykonanych Prac Utrzymaniowych, prac realizowanych w ramach Zleceń Wykonania Usługi w ramach Umowy będzie się odbywało na podstawie kosztorysów powykonawczych na podstawie i z zachowaniem kolejności następujących cen i stawek: (.) 4.2.3 na podstawie wystawionych Wykonawcy faktur VAT za części zamienne lub materiały, usługi specjalistyczne, pod warunkiem, że przed realizacją dostawy lub wykonaniem usługi Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia cenniki dostarczanych materiałów, części zamiennych lub usług specjalistycznych a przedstawione ceny będą cenami rynkowymi. Do powyższych cen

Wykonawca doliczy koszty zakupu w wysokości.....%",

4) § 4 ust. 4.3 „Wynagrodzenie za prace wykonywane w trybie awaryjnym rozliczane będzie przy zastosowaniu następującego wzoru: $C_{jk} = A \times C_j$ gdzie: C_{jk} - wartość jednostkowej ceny ryczałtowej lub stawki w trybie awaryjnym; A - współczynnik dla trybu awaryjnego (1,2); C_j - jednostkowa stawka określona w Katalogu Stawek Załącznik nr 3 do Umowy.",

5) § 4 ust. 4.6 „Stawki lub ceny, o których mowa w ust. 4.2 ulegną zmianie na mocy pisemnego aneksu zawartego pomiędzy Stronami w przypadku wystąpienia okoliczności

wskazanych w art. 436 pkt. 4 lit. b) lub art. 439 ust. 1 Ustawy PZP, tj. w przypadku zmiany:

4.6.1 stawki podatku od towarów i usług lub podatku akcyzowego,

4.6.2 wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów Ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

4.6.3 zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

4.6.4 zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w Ustawie o pracowniczych planach kapitałowych

4.6.5 kosztów związanych z realizacją zamówienia",

6) § 4 ust. 4.8.4 „W przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia, zmiana wysokości stawek jednostkowych określonych w Umowie lub Wynagrodzenia Umownego nastąpi na podstawie art. 439 Ustawy PZP, zgodnie z poniższymi zasadami:

a) zmiany mogą nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji prac wskazaną w Informacji o Rozpoczęciu Prac i będą miały zastosowanie dla pozostałego okresu realizacji prac;

b) jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 Dni od dnia upływu terminu składania Ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany jest Dzień otwarcia Ofert;

c) poziom zmiany kosztów, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany Wynagrodzenia Umownego musi:

- wynosić, co najmniej 5% w stosunku do poszczególnych stawek jednostkowych określonych w Załączniku nr 3 do Umowy, a w przypadku dokonywania kolejnej zmiany Wynagrodzenia Umownego - w stosunku do stawek przyjętych przy wprowadzeniu poprzedniej zmiany Wynagrodzenia Umownego,
- powodować zmianę wartości całkowitego Wynagrodzenia Umownego, o co najmniej 2% w stosunku do jego dotychczasowej wartości;

d) zmiana zostanie dokonana z użyciem Wskaźnika - zmiany cen produkcji budowlano-montażowej publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego w zakładce „Opracowania sygnalne", podzakładka „Informacje sygnalne", częstotliwość publikacji „miesięczne", pozycja L.P. 7 „Wskaźniki cen produkcji budowlano- montażowej" w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisującą

zmianę cen w stosunku do cen w analogicznym miesiącu poprzedniego roku kalendarzowego. Zgodnie z powyższym stawki określone w Załączniku nr 3 do Umowy, zmieni się o % wartości powyżej opisanego wskaźnika, z zastrzeżeniem zapisów pkt 4.8.4 lit. c) powyżej. Zmiana dotyczyć będzie prac wykonywanych od dnia, w którym Strony zgodnie z niniejszymi zasadami wprowadzą zmianę

Wynagrodzenia Umownego w formie aneksu;

e) Zmiana nie może występować wcześniej niż 12 miesięcy od ostatniej zmiany Wynagrodzenia Umownego spowodowanej zmianą ceny kosztów związanych z realizacją Umowy;

f) Wszystkie zmiany, o których mowa w pkt 4.8.4 Umowy nie mogą powodować wzrostu Wynagrodzenia Umownego o więcej niż 10% Wynagrodzenia Umownego wskazanego w ust. 4.1 w pierwotnej treści Umowy;

g) W przypadku, gdy Wykonawca pozostaje w zwłoce w stosunku do terminu zakończenia Prac, Wykonawcy waloryzacja Wynagrodzenia Umownego nie przysługuje;

h) Zamawiający nie dopuszcza możliwości zmiany Wynagrodzenia Umownego z tytułu wzrostu kosztów związanych z realizacją Umowy w zakresie, w jakim zmiana taka została już dokonana na podstawie pkt 4.8.1 - 4.8.3 Umowy;

i) W celu weryfikacji spełnienia przesłanki waloryzacji Wynagrodzenia Umownego wskazanej w pkt 4.8.4 lit. c) powyżej, Wykonawca jest zobligowany do dokonania stosownych wyliczeń wpływu zmiany ceny kosztów związanych z realizacją Umowy na wysokość stawek jednostkowych określonych w Umowie i przekazania ich Zamawiającemu. Wykonawca opracuje, co najmniej zestawienie obrazujące kwotę, jaką w poszczególnych stawkach stanowią koszty wynikające ze zmian kosztów związanych z realizacją Umowy. Zamawiający ma prawo weryfikacji wyliczeń przedstawionych przez Wykonawcę i zgłoszenia wobec nich uwag.”,

7) § 13 ust. 13.1. „Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, w wysokości 20% Wynagrodzenia Umownego netto. W przypadku odstąpienia w części od Umowy,

Zamawiający jest uprawniony do żądania tej kary obok kar umownych należnych mu z innych tytułów, w tym z tytułu zwłoki.”,

8) § 13 ust. 13.2. „Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia od wykonania danego Zlecenia Wykonania Usługi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 20% wartości danego Zlecenia Wykonania Usługi określonej w tym Zleceniu Wykonania Usługi. W przypadku odstąpienia w części od Zlecenia Wykonania Usługi Zamawiający jest uprawniony do żądania tej kary obok kar umownych należnych mu z innych tytułów, w tym z tytułu zwłoki.”,

9) § 13 ust. 13.4. „Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczenia kary umownej za każdy przypadek niezgłoszenia Zamawiającemu Podwykonawcy Obiektowego lub Dalszego Podwykonawcy Obiektowego zgodnie z §19 w wysokości 5 % Wynagrodzenia Umownego netto.”,

10) § 13 ust. 13.5. „Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczenia kary umownej w wysokości 1 % Wynagrodzenia Umownego netto, z tytułu:

13.5.1 Braku zawarcia w umowach z Podwykonawcami Obiektowymi i Dalszymi Podwykonawcami Obiektowymi klauzul dotyczących przestrzegania Wymagań BHP i Zasad Gospodarki Odpadami na Terenie Prac.

13.5.2 Braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w ust. 4.1. Umowy”,

11) § 13 ust. 13.6. „Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczenia kary umownej w wysokości 3-krotności minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w danym roku - z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w pkt 5.1.22 za każdą osobę wykonującą wskazane tam czynności bez umowy lub na podstawie innego stosunku prawnego niż stosunek pracy.”,

12) § 13 ust. 13.7. „Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczenia kar umownych z tytułu zwłoki w przypadkach i wysokościach określonych w Załączniku nr 5 do Umowy

(Taryfikator Kar z Tytułu Zwłoki).”,

13) § 13 ust. 13.8. „Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczenia kar umownych z tytułu nieterminowego przystąpienia przez Wykonawcę do usunięcia:

13.8.1 Wad Limitujących w wysokości 1 000,00 PLN netto za każde rozpoczęte 2 godziny zwłoki w przystąpieniu do usunięcia Wad Limitujących;

13.8.2 Wad innych niż Limitujące w wysokości 500,00 PLN netto za każde rozpoczęte 12 godzin zwłoki w przystąpieniu do usunięcia Wad innych niż Limitujące.”,

14) § 13 ust. 13.9 „Łączna suma kar, o których mowa w ust. 13.3 - 13.8, nie może być wyższa niż 30% Wynagrodzenia Umownego netto. Łączna suma kar Umownych nie może być wyższa niż 35% Wynagrodzenia Umownego netto.”,

15) § 16 ust. 16.10. „W wypadku istotnej zmiany okoliczności, nieprzewidywanej przy zawarciu Umowy, czyniącej wykonanie Umowy nieopłacalnym, niezgodnym ze strategią lub polityką Zamawiającego albo z innych przyczyn nadmiernie uciążliwych - Zamawiający ma prawo rozwiązania Umowy przed upływem okresu, na jaki została zawarta, z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. W takim wypadku Wykonawca zachowuje prawo do Wynagrodzenia Umownego za Prace odebrane przez Zamawiającego przed datą wygaśnięcia Umowy.”.

Załącznik nr 5 do Projektu miał treść: „

Lokalizacja	Tytuł nałożenia Kary	Czas trwania zwłoki		Okres na który pizypada zwłoka											
				I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII
Wszystkie lokalizacje	Za każdy dzień zwłoki w terminie realizacji zlecenia, mającego wpływ na dyspozycyjność bloków lub w terminie usunięcia Wady Limitującej	do 24 godz	Wysokość Kar [PLN/dzień]:	5 000	5 000	5 000	5 000	1 000	1 000	1 000	1 000	1 000	5 000	5 000	5 000
		>24 godz <= 48 godz		10 000	10 000	10 000	10 000	2 500	2 500	2 500	2 500	2 500	10 000	10 000	10 000
		>48 godz		15 000	15 000	15 000	15 000	5 000	5 000	5 000	5 000	5 000	15 000	15 000	15 000
Wszystkie lokalizacje	Za każdy dzień zwłoki w terminie realizacji zlecenia, niemającego wpływu na dyspozycyjność bloków lub w terminie usunięcia Wady innej niż Wada Limitująca	do 24 godz	Wysokość Kar [PLN/dzień]:	1 667	1 667	1 667	1 667	333	333	333	333	333	1 667	1 667	1 667
		>24 godz <= 48 godz		3 333	3 333	3 333	3 333	833	833	833	833	833	3 333	3 333	3 333
		>48 godz		5 000	5 000	5 000	5 000	1 667	1 667	1 667	1 667	1 667	5 000	5 000	5 000

Zlecenie mające wpływ na dyspozycyjność bloków - oznacza zlecenie, którego realizacja może mieć wpływ na przestój w pracy układu technologicznego (wykorzystywanego przy produkcji energii elektrycznej lub ciepła) lub pozwala na bezpieczną dla obsługi i samego układu dalszą jego pracę, lub może spowodować obniżenie funkcjonalności w stopniu wpływającym na ograniczenie produkcji lub przesyłu energii elektrycznej lub ciepła.

W tabeli zawartej w załączniku nr 7 do SWZ „Formularz cenowy - WZÓR” zawarta była pozycja „Wskaźnik zakupu materiałów i usług (Podwykonawcy) dostarczonych przez

Wykonawcę - nie więcej niż 3%”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron i Przystępującego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 29 lipca 2022 r. Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Za uzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 433 pkt 4) w związku z art. 16 pkt 3) Pzp w związku z art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej jako „kc”) w zakresie, w jakim zarzut ten dotyczył postanowienia § 16 ust. 16.10 Projektu.

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

Art. 16 Pzp stanowi, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (...) 3) proporcjonalny”.

Stosownie zaś 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”.

W celu właściwego odczytania normy wynikającej z art. 433 pkt 4) Pzp konieczne jest wzięcie pod uwagę, że zgodnie z art. 7 pkt 32) Pzp ilekroć w Pzp jest mowa o zamówieniu należy przez to rozumieć „umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług”. Użyte w art. 433 pkt 4) Pzp sformułowanie „ograniczenie zakresu zamówienia” oznacza zatem „ograniczenie zakresu umowy zawieranej między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług”.

Bezspornym było, że § 16 ust. 16.10 Projektu zawiera w zdaniu pierwszym postanowienie uprawniające Zamawiającego do rozwiązania - z zachowaniem okresu wypowiedzenia - umowy zawartej na czas określony, przed upływem okresu, na jaki została zawarta w przypadku w nim określonym; jednocześnie w zdaniu drugim określono, że w takiej sytuacji „Wykonawca zachowuje prawo do Wynagrodzenia Umownego za Prace odebrane przez Zamawiającego przed datą wygaśnięcia Umowy”.

Nie może ulegać wątpliwości, że rozwiązanie umowy, której przedmiotem jest świadczenie usług, przed upływem okresu, na jaki została zawarta, skutkuje ograniczeniem zakresu tej umowy, gdyż usługi te są wykonywane przez okres krótszy, niż miały być wykonywane zgodnie z zawartą umową.

Trafnie podnosił Odwołujący, że rozwiązanie umowy na podstawie § 16 ust. 16.10 Projektu może skutkować „brakiem zapewnienia realizacji Umowy na poziomie gwarantowanym”.

§ 4 ust. 4. 1 zdanie przedostatnie Projektu stanowi postanowienie określające minimalną wielkość świadczenia wykonawcy na świadczenia o wartości „co najmniej 30 %

Wynagrodzenia Umownego netto". Z postanowienia § 4 ust. 4. 1 zdanie ostatnie Projektu

wynika natomiast, że określenie minimalnej wielkości świadczenia wykonawcy nie ma zastosowania w przypadku, gdy Zamawiający odstąpi od umowy lub rozwiąże umowę z przyczyn nie leżących po wyłącznej stronie Zamawiającego. Oznacza to, że § 4 ust. 4. 1 Projektu stosuje się wyłącznie w przypadku, gdy Zamawiający odstąpi od umowy lub rozwiąże umowę z przyczyn leżących po wyłącznej stronie Zamawiającego.

Treść § 16 ust. 16.10 zdanie pierwsze Projektu nie uzasadnia przyjęcia, że Zamawiający jest uprawniony do rozwiązania umowy na podstawie tego postanowienia wyłącznie w przypadku, gdy istotna zmiana okoliczności, o której mowa w tym postanowieniu, stanowi przyczynę leżącą po stronie Zamawiającego (bądź jest spowodowana taka przyczyną). W postanowieniu tym nie zostało określone, czy przedmiotowa zmiana okoliczności ma stanowić przyczynę leżącą po stronie którejś ze stron umowy, po obu stronach umowy czy nieleżącą po stronie żadnej ze stron umowy (bądź była spowodowana taką przyczyną). Uznać zatem należy, że § 16 ust. 16.10 zdanie pierwsze Projektu uprawnia Zamawiającego do rozwiązania umowy na podstawie tego postanowienia w przypadkach, gdy przedmiotowa zmiana okoliczności stanowi przyczynę leżącą po stronie wykonawcy, po obu stronach umowy czy nieleżącą po stronie żadnej ze stron umowy (bądź jest spowodowana taką przyczyną).

W konsekwencji w sytuacji, gdy Zamawiający rozwiąże umowę na podstawie § 16 ust. 16.10 zdanie pierwsze Projektu, a istotna zmiana umowy, o której mowa w tym postanowieniu, będzie stanowić przyczynę leżącą po obu stronach umowy albo przyczynę nieleżącą po stronie żadnej ze stron umowy (bądź będzie spowodowana taką przyczyną), postanowienie § 4 ust. 4. 1 zdanie przedostatnie Projektu nie będzie miało zastosowania, a zatem wielkość świadczenia wykonawcy będzie mogła być mniejsza niż określona w tym postanowieniu.

W tym stanie rzeczy zdaniem Izby postanowienie § 16 ust. 16.10 Projektu w powiązaniu z § 4 ust. 4.1 Projektu, uprawniając do rozwiązania umowy z przyczyny leżącej po obu stronach umowy albo przyczyny nieleżącej po stronie żadnej ze stron umowy bez zobowiązania Zamawiającego do „zlecenia Wykonawcy realizacji Prac o wartości co najmniej 30 % Wynagrodzenia Umownego netto", ogranicza zakres zamówienia bez określenia minimalnej wielkości świadczenia wykonawcy (na świadczenia o wartości „co najmniej 30 % Wynagrodzenia Umownego netto"), wobec czego jest niezgodne z art. 433 pkt 4) Pzp; ułożenie stosunku prawnego (umowy) pomiędzy Zamawiającym u wykonawcą w sposób sprzeciwiający się art. 433 pkt 4) Pzp), czyli ustawie w rozumieniu art. 353^1 kc, narusza ten przepis, który znajduje zastosowanie na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „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. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej". Postanowienie § 16 ust. 16.10 Projektu stanowi przy tym wyraz naruszenia wyrażonego w art. 16 pkt 3) Pzp nakazu przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

Wobec powyższego odwołanie należało uwzględnić w zakresie tego postanowienia.

Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. c) Pzp uwzględniając odwołanie, w przypadku gdy umowa nie została zawarta, Izba może nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy, zaś stosownie do art. 554 ust. 6 Pzp Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści. Biorąc ponadto pod uwagę treść art. 456 ust. 1 pkt 1) Pzp, stanowiącego, że „zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu", a także art. 456 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym „w przypadkach, o których mowa w ust. 1, wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy", Izba nakazała usunięcie postanowienia § 16 ust. 16.10 Projektu. W ocenie Izby rozwiązanie umowy na podstawie tego postanowienia wywołuje skutki prawne takie jak odstąpienie od umowy na podstawie art. 456 ust. 1 pkt 1), które w istocie jest odstąpieniem w zakresie niewykonanej części umowy. Nieusunięcie postanowienia § 16 ust. 16.10 Projektu powodowałoby, że zasady postępowania określone normami o charakterze bezwzględnie obowiązującym, wynikającymi z art. 456 ust. 1 pkt 1) i ust. 3 Pzp, zostałyby zastąpione zasadami wynikającymi z § 16 ust. 16.10 Projektu, zarówno w zakresie okoliczności uprawniających do ustania stosunku

prawnego, jak i zasad zapłaty wykonawcy wynagrodzenia należnego na podstawie tego stosunku prawnego.

Izba nie znalazła przy tym podstaw do stwierdzenia, że postanowienie § 16 ust. 16.10 Projektu stanowi wyraz przygotowania bądź przeprowadzenia Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców, a tym samym jest niezgodne z art. 16 pkt 1) Pzp.

Zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w związku z art. 353^1 k.c. oraz art. 8 Pzp w związku z art. 5 oraz art. 484 k.c Izba uznała za nieuzasadniony. Jak wynika z treści odwołania, zarzut ten dotyczył postanowień § 13 ust. ust. 13.1, 13.2, 13.4, 13.5, 13.7, 13.8, 13.9 i § 16 ust. 16.10 Projektu.

Zgodnie z art. 436 pkt 3) Pzp, „umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony".

Stosownie do art. 8 kc „1. 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. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. 2. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny. 3. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło. 4. Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze. 5. Dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.".

Art. 5 kc stanowi, że „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony".

Zgodnie zaś z art. 484 kc „§ 1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. § 2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana."

Trafnie wskazał Odwołujący, że art. 436 pkt 3) Pzp „nakłada na zamawiającego obowiązek zawarcia w umowie w sprawie zamówienia publicznego postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Ustawodawca w treści wspomnianego artykułu określa obligatoryjne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które to postanowienia mają na celu eliminację sytuacji, w której wykonawca będzie ponosił nadmierne ryzyko związane z wykonywaniem mowy w sprawie zamówienia publicznego. Wymóg określenia łącznej maksymalnej wysokości (limitu) kar umownych, których mogą dochodzić strony pozwala wykonawcy zweryfikować i ocenić ryzyko związane z niewykonaniem umowy lub nienależytym wykonaniem umowy.". Nie można natomiast zgodzić się z twierdzeniem, iż „limit kar umownych powinien służyć zapobieganiu sytuacji, w której postanowienia umowne będą przewidywać rażąco wygórowane wysokości kar umownych". Postanowienie określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, ma wpływ wyłącznie na możliwość dochodzenia przez stronę kary umownej w sytuacji, gdy łączna wysokość kar umownych osiągnie określony poziom; pozostaje zaś zupełnie bez wpływu na treść postanowień określających wysokość poszczególnych kar umownych.

Odnosząc się do wywodów Odwołującego, iż „jak wskazuje się w piśmiennictwie powstałym na bazie orzecznictwa, poziom limitu kar umownych, których może dochodzić zamawiający nie może być swobodnie ustalany przez zamawiającego. Zastrzeżone kary umowne nie mogą służyć wzbogaceniu się strony, która posiada prawo do ich naliczenia, a ich wysokość nie może być rażąco wygórowana w stosunku do wysokości wynagrodzenia jak i w stosunku do zagrożeń wiążących się z brakiem wykonania lub brakiem należytego wykonania umowy.", oraz że w „sytuacji zagwarantowania wykonania umowy jedynie na

poziomie 30% Wynagrodzenia Umownego (maksymalnego), niewłaściwym jest odnoszenie wysokości kar umownych do całości wynagrodzenia maksymalnego", stwierdzić należy, iż Odwołujący nie wskazał, na czym polega niezgodność postanowień § 13 ust. ust. 13.1, 13.4, i 13.5 Projektu z art. 436 pkt 3) Pzp, art. 16 pkt 1) i 3) czy art. 353^1 k.c., w szczególności w jaki sposób o naruszeniu tych przepisów świadczy możliwość powstania „sytuacji, w której wykonawca zostanie pozbawiony możliwości realizacji 70% umowy a jednocześnie zapłaci kary obliczone jak dla jej pełnej wartości".

Nie ulega wątpliwości, że w przepisach tych nie wyrażono jednoznacznie zakazu zawarcia w umowie postanowień, zgodnie z którym wysokość kary umownej jest obliczana jako ułamek Wynagrodzenia Umownego netto, którym, mając na uwadze definicję zawartą w § 1 ust. 1.1 Projektu, jest łączna cena netto za Prace określona w § 4 ust. 4.1 Projektu, a nie jako ułamek takiej części Wynagrodzenia Umownego netto, która odpowiada wartości minimalnej wielkości świadczenia wykonawcy określonej w § 4 ust. 4.1 zdanie przedostatnie

Projektu. Pomiędzy możliwością zapłacenia kar umownych obliczaną jako ułamek Wynagrodzenia Umownego netto a możliwością ograniczenia zakresu zamówienia do wskazanej powyżej wielkości minimalnej nie ma zaś związku świadczącego o naruszeniu ww. przepisów. Bez względu na to, czy wysokość kary umownej jest obliczana jako ułamek Wynagrodzenia Umownego netto czy jako ułamek takiej części Wynagrodzenia Umownego netto, która odpowiada wartości minimalnej wielkości świadczenia wykonawcy określonej w § 4 ust. 4.1 zdanie przedostatnie Projektu, suma wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający (czy które wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu), może być taka sama.

Nie zasługiwało również na aprobatę stanowisko Odwołującego w zakresie postanowienia § 13 ust. 13.9 Projektu. Art. 436 pkt 3) Pzp nakazuje zawarcie w umowie postanowienia określającego maksymalną wysokość kar umownych, których zamawiający może dochodzić od wykonawcy, nie stawiając żadnych ograniczeń w tym zakresie. Zamawiający był zatem zobowiązany do zawarcia w umowie postanowienia określającego maksymalną wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od wykonawcy, co niewątpliwie uczynił; postanowienie to mogło przy tym określać maksymalną wysokość kar umownych, których zamawiający może dochodzić od wykonawcy, jako ułamek Wynagrodzenia Umownego netto. Przedmiotowe postanowienie nie naruszało więc ww. przepisu.

Zakaz zawarcia w umowie takiego postanowienia nie wynika także z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp ani art. 353^1 k.c. (stosowanego na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp).

W szczególności nie świadczy o naruszeniu któregokolwiek z tych przepisów okoliczność, że „łączna wysokość kar może sięgnąć 35% Wartości Umowy, podczas gdy Zamawiający gwarantuje wykonanie jedynie 30%". Żaden z tych przepisów nie określa, że pomiędzy stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego ma istnieć równowaga, a posiadanie przez wykonawcę podejrzeń „o próbę uczynienia przez Zamawiającego z kar umownych źródła dochodu, a nie zastrzeżenia ich dla zapewnienia prawidłowego wykonania Umowy" nie jest - co oczywiste - wystarczające dla stwierdzenia naruszenia przepisu Pzp. Biorąc ponadto pod uwagę, że Odwołujący nie wskazał, z właściwością jakiego zobowiązania postanowienie to jest sprzeczne i na czym ta sprzeczność polega, nie było podstaw do uznania, że postanowienie § 13 ust. 13.9 Projektu narusza zasadę wyrażającą swobodę w kształtowaniu treści umowy.

Nie było zatem podstaw do uznania, że postanowienia § 13 ust. ust. 13.1, 13.4, 13.5 i 13.9 Projektu naruszają ww. przepisy.

W zakresie postanowień § 13 ust. ust. 13.7 i 13. 8 Projektu zawarte w odwołaniu twierdzenia, iż określoną w Załączniku nr 5 do umowy oraz w § 13 ust. 13. 8 Projektu wysokość kar „należy uznać za nadmierną i nieproporcjonalną, należało uznać za gołosłowne. Odwołujący powoływał się w tym zakresie na możliwość wystąpienia sytuacji, „w której zwłoka wykonawcy wynosząca 49 godzin wiązałaby się z naliczeniem kary w wysokości 30 000 zł, co mogłoby w wielu sytuacjach okazać się nieproporcjonalne do wagi naruszenia", jednakże nawet w tym przypadku nie wskazał, w jakiej sytuacji wykonawca zobowiązany byłby zapłacić karę umowną w takiej wysokości, ani nie wykazał, że w tej sytuacji wysokość tej kary byłaby nieproporcjonalna.

Należy wskazać, że rażące wygórowanie kary umownej - o czym można mówić między innymi w przypadku, gdy jest ona nieproporcjonalna do wagi naruszenia, stanowi podstawę żądania zmniejszenia kary umownej na podstawie z art. 484 § 2 kc. Dokonywana w takiej sytuacji ocena „rażącego wygórowania" jest jednak oceną konkretnej kary umownej (w danej wysokości) w danej sytuacji, a nie oceną zgodności z prawem postanowienia

zobowiązującego do zapłaty tej kary umownej.

Teoretyczna możliwość żądania w bliżej nieokreślonym przypadku zapłaty kary umownej w wysokości „nieproporcjonalnej do wagi naruszenia" nie uzasadnia uznania, że w każdym przypadku wysokość kary należnej na podstawie postanowień § 13 ust. ust. 13.7 i 13.8 Projektu jest wygórowana. Zważywszy ponadto, że Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób postanowienia te naruszają wyrażony w art. 16 pkt 1) Pzp obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; w konsekwencji nie było podstaw do stwierdzenia niezgodności tych postanowień z art. 16 pkt 1) Pzp czy art. 16 pkt 3) Pzp.

W zakresie, w jakim zarzut ten dotyczył postanowień § 13 ust. ust. 13.1 i 13.2 Projektu stwierdzić należy, że § 13 ust. 13.1 zdanie pierwsze i ust. 13.2 zdanie pierwsze Projektu nie stanowią postanowień, które „przewidywałyby" „kumulowanie się kar umownych". Z kolei postanowienia § 13 ust. 13.1 zdanie drugie i ust. 13.2 zdanie drugie Projektu nie naruszają art. 484 § 2 kc, który nie dotyczy kwestii „kumulowania kar umownych", stanowiąc wyłącznie przepis uprawniający dłużnika do żądania zmniejszenia kary umownej. Odnosząc się do twierdzenia, że naruszeniem art. 484 kc jest to, iż „podwójna sankcja stanowi odszkodowanie w zdublowanej w stosunku do faktycznej szkody wysokości" konieczne jest wskazanie, że stosownie do art. 484 § 1 zdanie pierwsze kc „kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody". Oznacza to, że w przypadku, gdy wysokość kary umownej nawet kilkunastokrotnie czy kilkudziesięciokrotnie przewyższa wysokość poniesionej szkody, zgodnie z tym przepisem kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej wysokości.

Nie sposób więc uznać, że postanowienie zobowiązujące do zapłaty kary umownej w wysokości stanowiącej dwukrotność poniesionej szkody narusza ten przepis.

Nie ulega wątpliwości, że może zdarzyć się sytuacja, że zawarcie w umowie postanowienia zgodnego z przepisami kc będzie stanowiło naruszenie art. 16 pkt 3) Pzp wyrażającego zasadę proporcjonalności. Brak jest jednak podstaw do przyjęcia, że tak jest w przypadku postanowień § 13 ust. 13.1 zdanie drugie i ust. 13.2 zdanie drugie Projektu.

W odwołaniu nie wskazano okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w związku z art. 353^1 k.c. oraz art. 8 Pzp w związku z art. 5 oraz art. 484 k.c w zakresie, w jakim dotyczył on postanowień § 13 ust. 13.2 Projektu oraz § 16 ust. 16.10 Projektu, wobec czego niemożliwa była ocena zasadności odwołania w tym zakresie. Przedstawione na rozprawie wywody dotyczące postanowienia § 13 ust. 13.2 Projektu nie mogły zostać wzięte pod uwagę z uwagi na normę zawartą w art. 555 Pzp, zgodnie z którym „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu". Jak wielokrotnie było wskazywane w orzeczeniach Izby, „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w wyroku z dnia 1 lutego 2022 r. wydanym w postępowaniu o sygn. KIO 124/22).

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w związku z art. 8 Pzp w związku z art. 58 k.c i 353^1 k.c., dotyczący postanowień § 4 ust. 4.6 i ust. 4.8.4 Projektu.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 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", art. 439 ust. 2 Pzp stanowi zaś, iż „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".

Stosownie do art. 58 kc „§ 1. 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. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. § 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana".

Nie ulega wątpliwości, że art. 439 Pzp ma, jak wskazano w odwołaniu, „charakter ius cogens, a jego stosowanie nie może być uzależnione od woli stron" - ust. ust. 1 i 2 tego artykułu określają, jakie postanowienia muszą być zawarte w umowie w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a strony takiej umowy nie mogą zdecydować, że w zawieranej przez nie umowie takie postanowienia nie zostaną zawarte. Izba nie podziela jednak stanowiska Odwołującego, że „oznacza to, że klauzula waloryzacyjna powinna cechować się automatyzmem, tj. jej zastosowanie nie może podlegać woli stron, ujawniającej się w zawarciu aneksu do umowy o wykonanie zamówienia publicznego - instytucja art. 439 jest bowiem jakościowo inna od instytucji dopuszczalnych zmian umowy uregulowanych w Pzp". Należy zauważyć, że określanie przepisu art. 439 Pzp mianem „klauzuli waloryzacyjnej" ma charakter jedynie potoczny - ani w ust. 1, ani w ust. 2 tego artykułu nie zostało użyte wyrażenie „waloryzacja" - używane są zaś wyrażenia „zmiana wysokości wynagrodzenia" i „zmiana wynagrodzenia". Z treści art. 439 ust. 2 pkt 1) Pzp wynika, że określony poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w art. 439 ust. 1 Pzp, ma skutkować powstaniem uprawnienia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy. W ocenie Izby nie powinno budzić wątpliwości, że skutek prawny w postaci powstania uprawnienia do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia nie jest tożsamy ze skutkiem w postaci zmiany tego wynagrodzenia. Nie sposób więc uznać, że postanowienia art. 439 ust. 1 lub ust. 2 Pzp nakładają obowiązek zawarcia w umowie postanowień dotyczących zasad zmiany wynagrodzenia, o którym mowa w art. 439 ust.1 Pzp, w sposób „automatyczny", i nie pozwalają na zawarcie w umowie postanowień dotyczących zasad zmiany przedmiotowego wynagrodzenia poprzez zmianę umowy w drodze zgodnego oświadczenia woli stron.

Zważywszy ponadto, że Odwołujący nie podnosił, aby § 4 ust. 4.6 Projektu był niezgodny z art. 439 ust. 2 Pzp, Izba nie miała podstaw do uznania tego postanowienia za

niezgodne z art. 439 ust. 1 Pzp bądź z art. 439 ust. 2 Pzp.

Nietrafne jest także twierdzenie, iż „nieprawidłowym jest (...) uzależnienie zmian wynagrodzenia wynikających z pkt. 4.6.1-4.6.4, obowiązkowo wprowadzanych do Projektu Umowy na podstawie art. 436 pkt 4) lit. b), od zawarcia aneksu". Zgodnie z art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, umowa zawiera postanowienia określające zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany: - stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, - wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342) - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Z treści tego przepisu nie wynika, aby zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku zmian wymienionych w tym przepisie musiała następować „automatycznie". Wręcz przeciwnie, użycie w nim wyrażenia „zasad wprowadzania zmian" (identycznie zresztą jak w art. 439 ust. 1 Pzp) wskazuje, że aby zmiana wynagrodzenia nastąpiła, musi zostać „wprowadzona", czyli że konieczne jest dokonanie określonego działania czy działań - którego zasady muszą być określone w umowie.

Nie mogły być uznane za trafne twierdzenia o niezgodności postanowienia § 4 ust. 4.8.4 Projektu z art. 439 Pzp. Ust. 1 tego artykułu nakłada obowiązek zawarcia w

umowie w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, zaś w ust. 2 tego artykułu obowiązek ten został uszczegółowiony poprzez określenie, jakie kwestie mają być uregulowane w ramach ww. postanowień. W art. 439 ust. 2 Pzp nie zostały sformułowane jakiekolwiek ograniczenia co do treści tych postanowień (za wyjątkiem początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, który w przypadku, gdy umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, nie może być późniejszy niż dzień otwarcia ofert). Przepis ten nie zobowiązuje przy tym do nadania tym postanowieniom takiej treści, aby uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy powstawało w każdym przypadku, gdy nastąpi zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, ani aby w każdym przypadku następowała zmiana taka wysokości ww. wynagrodzenia, aby zmiana cen tych materiałów lub kosztów nie wpływała na opłacalność wykonywania umowy przez wykonawcę (wysokość zysku, który osiągnie wykonawca).

Skoro zgodnie z tym przepisem ma być określony poziom zmiany ceny ww. materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia (pkt 1), sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy (pkt 3) oraz maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy nie musi powstawać w każdym przypadku, gdy nastąpi zmiana ceny ww. materiałów lub kosztów, a zmiana wysokości ww. wynagrodzenia nie musi następować w taki sposób, aby zmiana cen tych materiałów lub kosztów nie wpływała na opłacalność wykonywania umowy przez wykonawcę.

Wobec powyższego należy uznać, że Zamawiający ma dużą swobodę w zakresie formułowania postanowień, o których mowa w art. 439 ust. 1 Pzp, przy czym nie mogą być one sformułowane w taki sposób, aby wypaczać cel tego przepisu, czyli tak, że w rzeczywistości w żadnym przypadku zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie będzie skutkowała powstaniem możliwości wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Brak jest podstaw do przyjęcia, że tak jest w przypadku postanowienia § 4 ust. 4.8.4 Projektu.

Odnosząc się do zawartych w odwołaniu twierdzeń dotyczących tego postanowienia za całkowicie niezasadne należy uznać powoływanie się przez Odwołującego, że „może nie zostać nigdy osiągnięty" określony w § 4 ust. 4.8.4 Projektu poziom zmiany ceny ww. materiałów lub kosztów, wynoszący 5 %, a ustalany wskaźnikiem „zmiany cen produkcji budowlano-montażowej publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego", biorąc pod uwagę, że w odwołaniu wskazano, iż w maju 2022 roku wskaźnik ten wynosił 12,2 %.

Nie sposób kwestionować, że określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy na „12 miesięcy od ostatniej zmiany Wynagrodzenia Umownego spowodowanej zmianą ceny kosztów związanych z realizacją Umowy" w powiązaniu z określeniem sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia z odesłaniem do wskaźnika „zmiany cen produkcji budowlano-montażowej publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego (.) w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisującą zmianę cen w stosunku do cen w analogicznym miesiącu poprzedniego roku kalendarzowego" powoduje, że zmiana wynagrodzenia „nie odnosiłaby się do całkowitego wzrostu cen, a jedynie wzrostu cen z ostatnich 12 miesięcy i realistycznie nie rekompensowała całej zmiany cen". Nie można jednak uznać, iż okoliczność, że wzrost cen kosztów związanych z realizacją zamówienia wpłynie na opłacalność wykonywania umowy przez wykonawcę, gdyż w części wyższe ceny tych kosztów nie będą mogły zostać pokryte z wyższego wynagrodzenia, może skutkować brakiem możliwości wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy; Odwołujący nie twierdził, że taki skutek występuje.

Niewątpliwie określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia na „10% Wynagrodzenia Umownego wskazanego w ust. 4.1 w pierwotnej treści Umowy", czy określenie wpływu zmiany ceny kosztów związanych z realizacją zamówienia na koszt wykonania zamówienia w ten sposób, że „stawki określone w Załączniku nr 3 do Umowy, zmieni się o % wartości powyżej opisanego wskaźnika"

skutkują ograniczeniem (czy minimalizacją) istniejącego po stronie Zamawiającego ryzyka konieczności zapłaty wykonawcy wynagrodzenia w wysokości większej niż określona w umowie w chwili jej zawarcia, jednocześnie powodując, że wzrost cen tych kosztów wpłynie na opłacalność wykonywania umowy przez wykonawcę, gdyż w części wyższe ceny tych kosztów nie będą mogły zostać pokryte z wyższego wynagrodzenia. Nie można jednak uznać, że mogą one skutkować brakiem możliwości wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy; również takiego twierdzenia Odwołujący nie przedstawiał.

Mając powyższe na uwadze Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że brakiem możliwości wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy może skutkować określenie wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia w zakresie, w jakim zgodnie z postanowienia § 4 ust. 4.8.4 Projektu „poziom zmiany kosztów, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany Wynagrodzenia Umownego musi powodować zmianę wartości całkowitego Wynagrodzenia Umownego, o co najmniej 2% w stosunku do jego dotychczasowej wartości", zwłaszcza że sam Odwołujący twierdził jedynie, że jest to „raczej mało prawdopodobne".

Wobec powyższego brak było podstaw do uznania postanowienia § 4 ust. 4.8.4 Projektu za niezgodne z art. 439 ust. 1 Pzp bądź z art. 439 ust. 2 Pzp.

Nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 7 pkt 32) oraz art. 8 Pzp w związku z art. 487 § 2 kc, który dotyczył postanowień § 4 ust. ust. 4.2.3 i 4.3 Projektu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia".

Art. 7 pkt 32) Pzp stanowi, że „ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o zamówieniu - należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług".

Stosownie do art. 487 § 2 kc, „umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej".

Wskazać należy, że odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione na czynność Zamawiającego, polegającą „na wadliwym przygotowaniu dokumentów zamówienia - wadliwym sporządzeniu postanowień Projektu Umowy". Art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp jest zaś przepisem zawierającym normę nakazującą zamawiającemu odrzucenie oferty w przypadku, gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie reguluje kwestii dotyczących projektowanych postanowień umowy. Projektowane postanowienie umowy nie może zatem być niezgodne z tym przepisem.

Nie ulega wątpliwości, że postanowienie § 4 ust. 4.2.3 Projektu określa zasady rozliczania „wykonanych Prac Utrzymaniowych" i „prac realizowanych w ramach Zleceń Wykonania Usługi w ramach Umowy" w zakresie części zamiennych oraz materiałów i usług specjalistycznych nabytych przez wykonawcę od podmiotów trzecich. Postanowienie to ponadto uprawnia wykonawcę do powiększenia kosztów nabycia części zamiennych oraz materiały i usług specjalistycznych nabytych przez wykonawcę od podmiotów trzecich o „koszty zakupu". Nie było przy tym sporne, że wysokość tych kosztów (w %) miała być zgodna z wysokością określonego w ofercie wykonawcy (w tabeli zawartej w Formularzu cenowym sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWZ) „Wskaźnika zakupu materiałów i usług (Podwykonawcy) dostarczonych przez Wykonawcę - nie więcej niż 3%".

W ocenie Izby koszty te stanowią marżę wykonawcy na nabytych przez niego od podmiotów trzecich częściach zamiennych oraz materiałach i usługach specjalistycznych, tym samym nie stanowiąc „ceny za usługę". Ceną w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1) ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług z dnia 9 maja 2014 r., do której to definicji odsyła art. 7 pkt 1) Pzp, jest „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę". Ww. koszty zakupu nie są

wartością, którą Zamawiający zobowiązany jest zapłacić wykonawcy za towar, gdyż nie jest to wartość płacona za części zamienne nabyte od podmiotów trzecich. Nie może być zaś uznana za wartość, którą Zamawiający zobowiązany jest zapłacić wykonawcy za usługę w sytuacji, gdy skorzystanie z ww. uprawnienia nie jest uzależnione od dokonania przez wykonawcę jakichś czynności związanych z nabyciem tych części zamiennych od podmiotów trzecich.

W konsekwencji z postanowienia § 4 ust. 4.2.3 Projektu nie wynika, aby wykonawca miał wykonać na rzecz Zamawiającego określoną usługę nieodpłatnie, co stałoby w sprzeczności z „zasadą odpłatności umowy o wykonanie zamówienia publicznego wynikającą z art. 7 pkt 32) Pzp" - jak podnosił Odwołujący.

Nie było podstaw do przyjęcia, że postanowienie § 4 ust. 4.3 Projektu „wprowadza wymagania oferowania cen za składniki zamówienia, które są rażąco niskie lub nieodpłatne, a więc żądania złożenia ofert, które muszą podlegać odrzuceniu".

Stwierdzić należy, że ww. postanowienie określa sposób rozliczania wynagrodzenia za prace wykonywane w trybie awaryjnym. Nie reguluje ono zaś kwestii wysokości cen wskazanych w ofercie. Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw do wniosku, że wynika z niego konieczność oferowania rażąco niskiej ceny „za składniki zamówienia".

Biorąc pod uwagę treść ww. postanowienia nie sposób również uznać za trafne twierdzenia, iż proponuje ono „takie reguły wykonywania umowy, w których świadczenie zamawiającego nie jest odpowiednikiem świadczenia wykonawcy".

Izba nie kwestionuje, że koszty wykonywania prac, które będą wykonywane „w trybie awaryjnym" mogą być wyższe niż koszty wykonywania, które nie będą wykonywane w takim trybie. Jednak w sytuacji, w której wartość jednostkowej ceny ryczałtowej lub stawki w trybie awaryjnym stanowi iloczyn jednostkowej stawki określonej w Katalogu Stawek Załącznik nr 3 do Umowy oraz współczynnika dla trybu awaryjnego (1,2), ww. postanowienie to nie stoi na przeszkodzie takiemu określeniu przez wykonawcę w ofercie „jednostkowej stawki określonej w Katalogu Stawek Załącznik nr 3 do Umowy", aby po jej przemnożeniu przez ww. współczynnik wysokość „jednostkowej ceny ryczałtowej lub stawki w trybie awaryjnym" była taka, aby pokrywała koszty wykonywania prac, które będą wykonywane „w trybie awaryjnym".

W konsekwencji nie sposób było uznać, że postanowienia § 4 ust. ust.4.2.3 i 4.3. Projektu - jak wywodził Odwołujący - były niezgodne z art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 7 pkt 32) oraz art. 8 Pzp w związku z art. 487 § 2 kc.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w związku z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. także Izba uznała za nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

Art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. stanowi, że „1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców; 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów; 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży; 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. 2. Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na: 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy; 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym; 3) emisji, oferowaniu oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez jednego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców pozostających w związku gospodarczym, w okolicznościach wskazanych w pkt 1 lub 2. 3. Czynem nieuczciwej

konkurencji jest także utrudnianie małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. poz. 1178, z późn. zm.), dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług w obiektach handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m2 po cenie nieuwzględniającej marży handlowej, z zastrzeżeniem ust. 5. 4. Utrudnianiem dostępu do rynku, o którym mowa w ust. 3, jest również: 1) emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi, oferowanych poniżej ich wartości nominalnej; 2) emitowanie oraz realizacja znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi o cenie przewyższającej wartość nominalną znaku. 5. Nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji sprzedaż, o której mowa w ust. 3, jeżeli jest dokonywana w ramach: 1) wyprzedaży posezonowej, dokonywanej dwa razy w roku na koniec sezonu letniego i zimowego, trwającej każdorazowo nie dłużej niż miesiąc; 2) wyprzedaży ze względu na upływający termin przydatności towarów do spożycia lub upływającą datę minimalnej trwałości; 3) likwidacji obiektu handlowego, o ile sprzedaż taka trwa nie dłużej niż 3 miesiące od dnia podania do publicznej wiadomości informacji o likwidacji tego obiektu, a w przypadku likwidacji wszystkich obiektów handlowych przedsiębiorcy w związku z zaprzestaniem przez niego działalności handlowej - nie dłużej niż rok".

Analogicznie jak w przypadku art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp wskazać należy, że odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione na czynność Zamawiającego, polegającą „na wadliwym przygotowaniu dokumentów zamówienia - wadliwym sporządzeniu postanowień Projektu Umowy". Art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp jest przepisem zawierającym normę nakazującą zamawiającemu odrzucenie oferty w przypadku, gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. określono, jakie czyny stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, tym samym przepis ten uzupełnia normę zawartą w art. 226 ust. 2 pkt 7) Pzp. Przepisy te nie regulują zatem kwestii dotyczących projektowanych postanowień umowy. Projektowane postanowienie umowy nie może zatem być niezgodne z tymi przepisami.

Ponadto należy zauważyć, że w odwołaniu nie wskazano, które postanowienia Projektu są sprzeczne z tymi przepisami, wobec czego niemożliwa była ocena zasadności odwołania w tym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (.) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych". § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części", zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych, zaś mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych

kosztów każdej ze stron postępowania odwoławczego na podstawie rachunków (faktur) złożonych do akt sprawy możliwe było zaliczenie wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych. Wobec powyższego do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono kwotę 3.600 złotych obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego oraz kwotę 3.600 złotych obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a czterech nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo - w proporcjach 1/5 Zamawiający i 4/5 Odwołujący. W konsekwencji zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1/5 kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania. Stosownie do § 7 ust. 3 pkt 2) ww. rozporządzenia koszty postępowania odwoławczego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia (obejmujących wynagrodzenia pełnomocników) również rozdzielono stosunkowo; suma tych kosztów wyniosła 7.200 złotych, wobec czego Zamawiający powinien je ponieść w 1/5, tj. do kwoty 1.440 złotych, a Odwołujący w 4/5, tj. do kwoty 5.760 złotych. Zważywszy, że każda ze stron postępowania odwoławczego poniosła te koszty w wysokości 3.600 złotych, Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę stanowiącą różnicę pomiędzy wysokością poniesionych kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, a wysokością kosztów, które Zamawiający powinien ponieść.

Przewodniczący:.....