

Sygn. akt: KIO 3470/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2024 r. przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w części co do zarzutów nr 1, nr 3, nr 4, nr 5, nr 6 i nr 7 w zakresie dotyczącym § 16a ust. 13 pkt 7, ust. 19 i ust. 22 projektu Umowy stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ;
2. uwzględnia odwołanie w części, tj. co do zarzutów nr 2 i nr 7 oraz nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie następujących zmian do projektu Umowy stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ:

2.1. wykreślenie z § 7 ust. 3;

2.2. zmianę § 16 ust. 3 poprzez określenie rodzaju i zakresu dopuszczalnych zmian Umowy, w tym terminu wykonania Umowy i wysokości wynagrodzenia;

2.3. obniżenie wskazanego procentowo w § 16a ust. 13 pkt 1 i 4 minimalnego

poziomu sumy wartości miesięcznych Wskaźnika z +/- 4% do +/- 1%;

2.4. wykreślenie z § 16a ust. 13 pkt 5 terminu na wystąpienie z wnioskiem o

waloryzację wynagrodzenia;

2.5. wykreślenie zdania ostatniego z § 16a ust. 18;

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 2/7 i Zamawiającego w części 5/7 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 823 zł 40 gr (słownie: osiemset dwadzieścia trzy złote czterdzieści groszy) tytułem kosztów dojazdu Zamawiającego na rozprawę;

4.2. zasądza od Zamawiającego, Szpitala Specjalistycznego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu na rzecz Odwołującego, STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie kwotę 15 594 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset

dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, w części 2/7.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3470/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Szpital Specjalistyczny im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa i nadbudowa Szpitala Specjalistycznego im. Jędrzeja Śniadeckiego w Nowym Sączu. Wewnętrzny identyfikator: DA.261.1.41.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku

Urzędowym UE w dniu 11 września 2024 r., pod nr: 2024/S 177-546584. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 23 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie od czynności polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), tj. załącznika nr 7 do SWZ „Wzór umowy” (dalej jako: „Umowa” albo „projekt Umowy”, czy też „wzór Umowy”) w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów, tj.:

1. art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej jako: „KC”), 353¹ KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP”) oraz art. 16 PZP, w zw. z art. 433 pkt 3) PZP poprzez brak określenia w § 3 ust. 1 Umowy terminu przekazania wykonawcy terenu budowy i nałożenie na wykonawcę obowiązku skalkulowania w swojej ofercie ww. ryzyka, co jest nie tylko ryzykiem niemożliwym do skalkulowania, skoro wykonawca nie wie kiedy i czy w ogóle teren budowy zostanie mu przekazany, ale przerzucenie takiego ryzyka na wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 PZP i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego oraz oczywiste naruszenie art. 647 KC nakładającego na inwestora obowiązek przekazania wykonawcy terenu budowy jako immanentny składnik umowy o roboty budowlane;

2. art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 PZP oraz 455 ust. 1 pkt 1 PZP i art. 99 PZP w związku z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC poprzez:

2.1. określenie w § 5 lit. a) i b) projektu Umowy uprawnienia Zamawiającego do przerwy realizacji robót na czas określony oraz zmiany kolejności robót określonej w harmonogramie rzeczowo-finansowym poprzez brak wskazania, że przypadki te uprawniają wykonawcę do zmiany terminu wykonania przedmiotu Umowy oraz wynagrodzenia i niedopuszczenie tym samym możliwości zmiany terminu realizacji Umowy i wynagrodzenia należnego wykonawcy – co stanowi niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i

ryzyka finansowego realizacji Umowy, gdzie na skutek zaistnienia okoliczności zależnych od Zamawiającego, wykonawca zostaje pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia oraz terminu wykonania Umowy na skutek braku podstaw prawnych do zmiany Umowy w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, przerzucenie takiego ryzyka na wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 PZP i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego;

2.2. określenie w § 7 ust. 3 projektu Umowy, że wykonanie robót zamiennych przez wykonawcę nie stanowi podstawy do zmiany jego wynagrodzenia określonego w § 11 Umowy, co stanowi niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na

wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy, gdzie na skutek zaistnienia okoliczności zależnych od Zamawiającego wykonawca zostaje pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia na skutek braku podstaw prawnych do zmiany Umowy w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, przerzucenie takiego ryzyka na wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli

abuzywnej z art. 433 pkt 3 PZP i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego;

2.3. określenie w § 16 ust. 3 projektu Umowy przypadków zmiany postanowień zawartej Umowy w stosunku do treści oferty, poprzez brak wskazania, że przypadki te uprawniają wykonawcę do zmiany terminu wykonania przedmiotu Umowy oraz do zmiany należnego mu wynagrodzenia i niedopuszczenie tym samym możliwości zmiany terminu realizacji Umowy i wynagrodzenia należnego wykonawcy – co stanowi niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy, gdzie na skutek zaistnienia okoliczności zależnych od Zamawiającego, bądź niezależnych od stron Umowy określonych w 16 ust. 3 projektu Umowy wykonawca zostaje pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia oraz terminu wykonania Umowy na skutek braku podstaw prawnych do zmiany Umowy w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, przerzucenie takiego ryzyka na Wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 PZP i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego;

3. art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353¹ KC, art. 568 § 1 KC, art. 638 KC i art. 656 § 1 KC poprzez wskazanie w treści § 11 ust. 5 projektu Umowy zapisów świadczących o bezusterkowej procedurze odbiorowej tj. uzależnienie możliwości dokonania ostatecznego rozliczenia za wykonany przedmiot Umowy poprzez wystawienie faktury końcowej, od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego podczas, gdy dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych przez

Zamawiającego powinno nastąpić w sytuacji, gdy wystąpią wady nieistotne (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru końcowego), a uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania się z odbiorem przysługiwać mu będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy);

4. art. 447 ust. 1 i ust. 2 PZP poprzez zawarcie w treści § 11 ust. 4 projektu Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do odmowy zapłaty na rzecz wykonawcy wynagrodzenia w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz wszystkich zgłoszonych podwykonawców oraz

dalszych podwykonawców o uregulowaniu wystawionych przez nich faktur tj. braku przedstawienia kserokopii faktury podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy i/lub dowodu zapłaty, podczas gdy przepisy PZP nie przewidują tego typu sankcji dla wykonawcy, tj. w przypadku nieprzedłożenia przez wykonawcę wymaganych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, przyznają one uprawnienie Zamawiającemu jedynie do wstrzymania wynagrodzenia należnego wykonawcy jedynie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty

5. art. 16 PZP, art. 8 ust. 1 PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w związku z art. 353¹ KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 § 1 KC ze względu na zastrzeżenie w § 15 ust. 1 lit. f) treści projektu Umowy kary umownej za

nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających zatrudnienie na umowę o pracę osób, zgodnie z wymaganiami określonymi w § 1 ust. 8-10, w wysokości 1% ceny brutto za każde nie przedstawienie dokumentów w terminie lub na wezwanie Zamawiającego oraz każdą niezatrudnioną osobę niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, która to kara jest rażąco wygórowana oraz ma charakter represyjny, bowiem nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę w terminie wyznaczonym przez zamawiającego może nastąpić na skutek okoliczności, za które wykonawca odpowiedzialności nie ponosi i powodować, że w przypadku uchybienia terminowi na przedstawienie kilku umów/dokumentów potwierdzających zatrudnienie na podstawie umowy o pracę wykonawca zostanie obłożony karą umowną w wysokości kilku procent wartości umowy co jest nieproporcjonalne do skali naruszenia umowy i co stanowi ponadto nadużycie swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją Umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy;

6. art. 16 PZP, art. 8 ust. 1 PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w związku z art. 353¹ KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 § 2 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 § 1 KC ze względu na

zastrzeżenie w § 15 ust. 4 treści projektu Umowy górnego limitu kar umownych w wysokości 50% wartości Umowy brutto, który ma charakter rażąco wygórowany, nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją Umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy i znacząco odstającym od realiów rynkowych, ponieważ limit kar umownych nie powinien przekraczać wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 15 ust. 1 lit. c) projektu Umowy tj. wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto). Wg Odwołującego jest to nieproporcjonalne, prowadzi na naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Dodał, że Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania Umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości, co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, zaś żądanie kar jednostkowych ponad karę za odstąpienie jest niezasadne i niezgodne z przepisami Kodeksu cywilnego, prowadzi także do uniemożliwienia wykonawcy prawidłowego oszacowania ryzyk związanych z realizacją Umowy, skoro ryzyko obarczenia wykonawcy karami umownymi wynosi połowę należnego temu wykonawcy wynagrodzenia;

7. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 2, 3, 4 PZP poprzez sformułowanie w § 16a ust. 13 pkt 1), pkt 4), pkt 5), pkt 7), ust. 18, ust. 19, ust. 22 projektu Umowy pozornej klauzuli dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (klauzuli waloryzacyjnej), określającej niejasne i w zasadzie niemożliwe do osiągnięcia warunki, oderwane zarówno co do sposobu jak i wysokości ich liczenia od realiów rynkowych i warunków, a także planowanego okresu realizacji przedmiotu umowy, tj.:

7.1. Zamawiający przewiduje waloryzację nie wcześniej niż po upływie pełnych 6 miesięcy kalendarzowych licząc od miesiąca następującego po miesiącu, w którym zawarto Umowę, a każda kolejna zmiana Wynagrodzenia może być dokonana po upływie kolejnych pełnych 6 miesięcy kalendarzowych licząc od miesiąca następującego po miesiącu, w którym Strona złożyła wniosek o waloryzację. Jednocześnie Zamawiający zastrzega, że ostatnia waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić na 6 miesięcy przed datą potwierdzenia przez Zamawiającego gotowości wykonawcy do Odbioru końcowego inwestycji. Przy uwzględnieniu powyższego oraz planowanych terminów realizacji zamówienia w okresie od 16 listopada 2024 r. do 31 maja 2026 r. waloryzacja wynagrodzenia jeżeli nastąpi zostanie dokonana jednorazowo przez cały okres trwania Umowy;

7.2. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia, jeżeli „Wskaźnik” zdefiniowany w umowie zmieni się o co najmniej +/- 4,0 % w porównaniu do cen zawartych w ofercie, równocześnie wykonawca po zawarciu umowy ma przedłożyć Zamawiającemu na piśmie Szczegółową Kalkulację Kosztów wykonania zamówienia, opartą na kalkulacji ceny ofertowej, z uwzględnieniem wpływu na te koszty obowiązujących w dacie złożenia oferty okoliczności i aspektów, o których mowa § 16a ust. 1 pkt 1-5 projektu Umowy. Kalkulacja ta będzie stanowiła bazowy materiał porównawczy w stosunku do kalkulacji uwzględnionych we wnioskach o zmianę wysokości wynagrodzenia. Jednocześnie nieprzekazanie przez wykonawcę kalkulacji lub przekazanie kalkulacji niekompletnej, nieprecyzyjnej, niejasnej, nierzetelnej, czy niespójnej będzie stanowić podstawę do odmowy uwzględnienia wniosku o zmianę wynagrodzenia. Zamawiający warunkuje zatem możliwość waloryzacji wynagrodzenia nałożeniem na wykonawcę obowiązku każdorazowego przedstawienia wraz z wnioskiem o waloryzację wykazu wpływu na koszty, a przede wszystkim kalkulacji kosztów w odniesieniu do Kalkulacji Kosztów z uwzględnieniem „wpływu na te koszty obowiązujących w dacie złożenia oferty okoliczności i aspektów o których mowa ust. 1 pkt 1-5.” Wskazania te są, zdaniem Odwołującego, nieprecyzyjne, niejasne, nadmierne i rodzić będą wątpliwości interpretacyjne co do tego jak w

rzeczywistości zmieniane ma być wynagrodzenie;

7.3. Zamawiający wskazał, że każda Strona może wystąpić z wnioskiem o waloryzację Wynagrodzenia na podstawie § 16a ust. 1 pkt 5 projektu Umowy w terminie 10 dni następujących po opublikowaniu Wskaźnika, a uchybienie przez wykonawcę zastrzeżonego terminu 10 dni na doręczenie wniosku o waloryzację oznacza, że wykonawca zrzeka się roszczeń o waloryzację Wynagrodzenia pozostałego wykonawcy do końca Inwestycji. Wskazanie, że warunkiem

waloryzacji jest terminowe złożenie wniosku, a jednorazowy brak złożenia wniosku w terminie pozbawia wykonawcę prawa do waloryzacji i czyni waloryzację umowną całkowicie sprzeczną z jej istotą i celem;

7.4. Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, w wysokości 3%, co czyni ją pozorną i niemożliwą do zastosowania w osiągnięciu zakładanego celu i nie pozwoli na przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, ponadto w ocenie Odwołującego, jest limitem niewystarczającym w realiach rynkowych;

7.5. Zamawiający przewiduje, że waloryzacja będzie kalkulowana w oparciu o

wskaźnik waloryzacji będący sumą wartości Wskaźników opublikowanych w okresie 6 pełnych miesięcy w porównaniu do poprzedniego okresu 6 pełnych miesięcy, o ile suma ta w tym okresie przekroczy +/- 4%, co przy uwzględnieniu aktualnych trendów zmian cen na rynku budowlanym (zmiana o 2,3% w ostatnich 6 miesiącach) sprawia, że nie wystąpią podstawy do waloryzacji w okresie realizacji Umowy, co czyni ją pozorną. Odwołujący powołał się w tym zakresie na sumę wartości miesięcznych wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanych w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego publikowanych Biuletynie Informacji Publicznej Głównego Urzędu Statystycznego.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści projektu Umowy poprzez:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 – dostosowanie postanowień projektu Umowy do przepisów prawa, tj. wskazanie w § 3 ust. 1 terminu przekazania wykonawcy terenu budowy;
- 2) w zakresie zarzutu nr 2 – dostosowanie postanowień projektu Umowy do przepisów prawa tj. wskazanie w § 5 projektu Umowy, że przypadki określone w lit. a) i b) uprawniają wykonawcę do zmiany terminu wykonania Umowy oraz zmiany należnego wykonawcy wynagrodzenia z tego tytułu, wskazanie w § 7 ust. 3 projektu Umowy, że roboty zamienne stanowią postawę do zmiany wynagrodzenia określonego w § 11 oraz terminu realizacji Umowy oraz zmianę treści § 16 ust. 3 projektu Umowy na następującą: „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany terminu wykonania umowy oraz należnego Wykonawcy wynagrodzenia bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.”
- 3) w zakresie zarzutu nr 3 – doprowadzenie § 11 ust. 5 Umowy do zgodności z przepisami prawa w następujący sposób: „Ostateczne rozliczenie za wykonany przedmiot umowy nastąpi w oparciu o fakturę końcową, wystawioną na podstawie bezusterkowego protokołu odbioru końcowego. Faktura końcowa będzie płatna w terminie 30 dni od daty jej otrzymania przez Zamawiającego na zasadach określonych w ust. 3 i 4”;
- 4) w zakresie zarzutu nr 4 – doprowadzenie § 11 ust. 4 Umowy do zgodności z przepisami prawa w następujący sposób: „W przypadku powierzenia części robót podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, wystawienie faktury przez Wykonawcę za wykonaną część robót przez podwykonawcę, uzależnione będzie od uprzedniego rozliczenia się Wykonawcy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą. Do faktury należy dołączyć kserokopię faktury podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy (potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę) wraz z dowodem zapłaty (potwierdzonym za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę). W przypadku braku kserokopii faktury podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy i/lub dowodu zapłaty, Zamawiający

wstrzyma wypłatę wynagrodzenia należnego Wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty do czasu otrzymania ww. dokumentów. Do momentu otrzymania tychże dokumentów nie bieżą odsetki należne z tytułu nieterminowej zapłaty”

- 5) w zakresie zarzutu nr 5 – zmianę § 15 ust. 1 lit. f) projektu Umowy w następujący sposób: „w wysokości 10 000 zł w przypadku nie przedstawienia dokumentów potwierdzających zatrudnienie na umowę o pracę osób zgodnie z wymaganiami określonymi w § 1 ust. 810 za każde nie przedstawienie dokumentów w terminie lub na wezwanie Zamawiającego oraz każdą niezatrudnioną osobą niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego”;
- 6) w zakresie zarzutu nr 6 – zmianę § 15 ust. 4 projektu Umowy w następujący sposób: „Suma kar umownych naliczanych z różnych tytułów wskazanych w ust. 1, nie może łącznie przekroczyć 20% wartości umowy brutto”;
- 7) w zakresie zarzutu nr 7 – zmianę § 16a projektu Umowy w następujący sposób:
 - a) ust. 13 pkt 1): „1) Strony uprawnione będą do żądania zmiany Wynagrodzenia, jeśli w okresie kolejnych 6 pełnych miesięcy kalendarzowych, licząc od miesiąca następującego po miesiącu, w którym zawarto Umowę, suma wartości miesięcznych wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanych w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego publikowanych Biuletynie Informacji Publicznej Głównego Urzędu Statystycznego, zwanego dalej: „Wskaźnikiem”, zmieni się o co najmniej +/- 1% w porównaniu do cen zawartych w ofercie. W przypadku likwidacji Wskaźnika, zastosowanie znajdzie inny wskaźnik, najbardziej zbliżony do

Wskaźnika, publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub przez inny właściwy organ władzy publicznej, uzgodniony przez Strony, a w przypadku braku dojścia do porozumienia między Stronami co do wyboru wskaźnika przed upływem 1 miesiąca od daty likwidacji Wskaźników, o wyborze odpowiedniego wskaźnika zdecydować samodzielnie Zamawiający;

b) ust. 13 pkt 4): „4) waloryzacja będzie kalkulowana w oparciu o wskaźnik

waloryzacji będący sumą wartości Wskaźników opublikowanych w okresie 6 pełnych miesięcy w porównaniu do poprzedniego okresu 6 pełnych miesięcy, o ile suma ta w tym okresie przekroczy +/- 1%. Wzór na obliczenie wskaźnika: $Ww = (CPI - 1\%)$, gdzie: a. Ww – wskaźnik waloryzacji; b. CPI – suma wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej z sześciu miesięcy kalendarzowych. Jeśli suma wartości Wskaźników nie przekroczy +/- 1% waloryzacja nie będzie

przeprowadzona;

c) ust. 13 pkt 5): „5) każda Strona może wystąpić z wnioskiem o waloryzację

Wynagrodzenia na podstawie ust. 1 pkt 5. Wniosek musi być złożony na piśmie i zawierać wyliczenie wskaźnika waloryzacji, kwotę pozostałego Wynagrodzenia podlegającego waloryzacji oraz wykazaniem, że wzrost sumy Wskaźników ma wpływ na cenę materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Do wniosku o waloryzację Wykonawca dołączy protokoły miesięczne zaawansowania wykonanych robót w okresie, którego dotyczy wyliczony wskaźnik waloryzacji. W przypadku, gdy procentowe zaawansowanie robót ujętych w tych protokołach odbiega od procentowego zaawansowania wynikającego z Harmonogramu rzeczowo finansowego o którym mowa w § 1 ust. 2 lit. b), a opóźnienie to jest spowodowane okolicznościami, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, to waloryzacji będzie podlegało tylko wynagrodzenie pozostałe, wynikające z Harmonogramu rzeczowo – finansowego;”

d) wykreślenie z ust. 13 pkt 7);

e) ust. 18: „18. Wykonawca w terminie 21 dni od daty zawarcia Umowy złoży Zamawiającemu na piśmie Szczegółową Kalkulację Kosztów wykonania zamówienia, opartą na kalkulacji ceny ofertowej, z uwzględnieniem wpływu na te koszty obowiązujących w dacie złożenia oferty okoliczności i aspektów, o których mowa ust. 1 pkt 1 – 5. Kalkulacja ta będzie stanowiła bazowy materiał porównawczy w stosunku do kalkulacji uwzględnionych we wnioskach o zmianę wysokości wynagrodzenia.”

f) ust. 19: „19. Zmiana Wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji

Wynagrodzenia (tj. maksymalne podwyższenie lub obniżenie Wynagrodzenia) nie może przekroczyć 10% Wynagrodzenia Wykonawcy określonego w pierwotnym brzmieniu § 11 ust. 1.”

g) wykreślenie ust. 22.

W odpowiedzi z dnia 4 października 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 PZP, względnie o oddalenie odwołania oraz o przyznanie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania wg norm przepisanych i rachunków przedłożonych na rozprawie. W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania, Szpital podniósł, iż Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 PZP tak, aby Zamawiający mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Podkreślił, że wskazanym przez Zamawiającego środkiem komunikacji była platforma zakupowa e-Zamówienia, Odwołujący przekazał zaś odwołanie drogą e-mail w dniu 23 września 2024 r. o godz. 16:34. Zamawiający nie mógł zapoznać się w tym dniu, tj. ostatnim dniu terminu na wniesienie odwołania, ponieważ: i) odwołanie nie zostało złożone zgodnie ze wskazanym w SWZ środkiem komunikacji, tj. poprzez platformę zakupową; ii) do każdego

postępowania przetargowego, zgodnie z zarządzeniem powołującym komisję przetargową, przypisany jest sekretarz, który loguje się na platformę zakupową swoim indywidualnym loginem i kontroluje wpływ dokumentów do postępowania; iii) określenie drogi komunikacyjnej ułatwia kontrole wpływających dokumentów w danym postępowaniu oraz minimalizuje ryzyko pomyłki czy też pominięcia jakiegoś dokumentu, gdyż ilość przeprowadzanych postępowań przez Zamawiającego w danym miesiącu jest duża, zwłaszcza, że postępowania są prowadzone równolegle; iv) pracownicy administracyjni Szpitala, w tym zamówień publicznych pracują od godz. 7:00 do godz. 15:05 (regulamin pracy Szpitala - § 29); v) pracownicy Zamawiającego odczytali tę wiadomość dopiero 24 września b.r. po godz. 7:30; vi) poza godzinami pracy pracownicy nie mają prawa logować się do systemów informatycznych Szpitala ze względu na to, że Zamawiający jest operatorem usług kluczowych w sektorze ochrony zdrowia, zgodnie z decyzją Ministra Zdrowia z dnia 2 maja 2022 r., co jego zdaniem – niewątpliwie zależne jest od sprawnego funkcjonowania systemów informatycznych; vii) regulamin pracy Szpitala jasno wskazuje, że poza godzinami pracy pracownicy nie mogą przebywać na terenie Szpitala (regulamin pracy Szpitala - § 14). Niezależnie od powyższego, Zamawiający podkreślił, iż przepis art. 514 ust. 3 PZP ustanawia jedynie obalalne domniemanie. W zakresie zaś wniosku o oddalenie odwołania, Zamawiający wskazał, że postępowanie było przygotowane i jest prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, tj. zgodnie z zasadami określonymi w art. 16 oraz art. 8 ust. 1 PZP, w szczególności Załącznik nr 7 do SWZ „Wzór umowy” został sporządzony zgodnie z przepisami PZP oraz KC i nie uchybie zasadzie uczciwej konkurencji ani równego traktowania stron. Podkreślił, że podstawowym celem udzielenia przedmiotowego zamówienia jest optymalne zaspokojenie jego potrzeb w celu zabezpieczenia prawidłowej realizacji zadań Zamawiającego, z których głównym celem jest ochrona zdrowia i życia pacjentów. Wskazał, iż w zakresie zarzutu nr 1, dokonał zmiany SWZ nr II, tj. pismem z dnia 2 października 2024 r. poprzez nadanie § 3 ust. 1 projektu Umowy brzmienia: „1. Protokolarne przekazanie terenu budowy w terminie do 7 dni od dnia zawarcia umowy.” W zakresie odnoszącym się do zarzutu nr 2,

Zamawiający podniósł, iż zarzut ten, w części odnoszącej się do brzmienia § 5 projektu Umowy jest całkowicie bezzasadny, bowiem w razie zaistnienia przesłanek do skorzystania przez Zamawiającego ze wskazanych tam przesłanek, wykonawcy przysługują odpowiednie uprawnienia do wnioskowania o zmianę terminu realizacji Umowy na podstawie § 16 ust. 3 lit. a tiret 1, 3, 4 i 7, a także na podstawie innych postanowień. Co do zaskarżenia – w ramach zarzutu nr 2 odwołania – treści § 7 ust. 3 Umowy, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący myli pojęcia robót dodatkowych i zamiennych, które to co do zasady, przy wynagrodzeniu ryczałtowym – nie mogą powodować zmiany wynagrodzenia. Ponadto, w odniesieniu do tej części zarzutu nr 2, która obejmuje § 16 ust. 3 Umowy, Szpital podniósł, że § 16 ust. 3 projektu Umowy wlicza enumeratywnie możliwości zmiany Umowy, zgodnie z art.

455 PZP. Odpowiadając na uzasadnienie zarzutu nr 3 odwołania, Szpital wskazał, że pismem z dnia 1 października 2024 r. dokonał zmiany SWZ nr I, poprzez nadanie § 11 ust. 5 projektu Umowy nowego brzmienia. Odnosząc się do zarzutu nr 4, Zamawiający wskazał, że zarzut ten jest bezzasadny, bowiem brzmienie zdania pierwszego § 11 ust. 4 projektu Umowy wyraźnie sugeruje, że dotyczy to części wynagrodzenia za wykonaną przez wykonawcę część robót i tylko tej części dotyczy powstrzymanie się od zapłaty w wyniku braku przedstawienia dowodów rozliczenia się wykonawcy z podwykonawcą. W zakresie dotyczącym zarzutu nr 5, Szpital wskazał, iż pismem z dnia 1 października 2024 r. dokonał zmiany SWZ w tym zakresie poprzez nadanie § 15 ust. 1 lit. f) projektu Umowy nowego brzmienia. Podobnie, w odniesieniu do zarzutu nr 6 odwołania, Szpital dnia 1 października 2024 r. dokonał zmiany brzmienia § 15 ust. 4 projektu Umowy. Odnosząc się do ostatniego, zarzutu nr 7 odwołania, Zamawiający wskazał, że nie może dopuścić do zmiany ryczałtowego wynagrodzenia bez udowodnienia przez wykonawcę wpływu zmian cen na koszty realizacji Umowy. Uznał również, że może swobodnie decydować o wskaźnikach stanowiących podstawę dokonywania waloryzacji wynagrodzenia, powołał się w tym zakresie na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej. Podkreślił, że określając wskaźniki waloryzacji uwzględnił sytuację rynkową oraz prognozy w tym zakresie, charakter przedmiotu zamówienia oraz możliwości finansowe Zamawiającego. Zaznaczył – powołując się na orzecznictwo Izby, że ryzyko związane ze zmianami cen materiałów i surowców nie powinno obciążać tylko jednej ze stron, w tym Zamawiającego, gdyż to wykonawca powinien odpowiednio skalkulować koszty realizacji umowy i przedstawić stosowną cenę ofertową. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił dowodów w zakresie wzrostu cen materiałów budowlanych w zakresie istotnym dla niniejszego zamówienia, ani nie poparł swego stanowiska żadną analizą. Odnosząc się do zarzutu Odwołującego odnośnie art. 439 PZP, Szpital podniósł, że w projekcie Umowy bezwzględnie została zachowana równowaga ekonomiczna stron umowy. Konkludując powyższe, przedstawił prognozy NBP, wg których prognozowana inflacja w 2025 r. wzrośnie średnio do 5,2% z 3,7% w 2024 r., aby spaść do 2,7% średnio w całym 2026 r. Odnosząc się zaś do maksymalnej kwoty zmiany wynagrodzenia – wskazał, że w 2024 r. poziom inflacji to 3,7%, a rozpoczęcie realizacji Umowy to koniec 2024 r., toteż ten wskaźnik powinien być uwzględniony w ofercie wykonawcy, natomiast w 2025 r. poziom inflacji to 5,2% - ta prognoza również powinna być skalkulowana w przygotowanej ofercie. Wyjaśnił, że zakładając, że ryzyko inflacji powinno obciążać obie strony po równo (50/50), Zamawiający w istocie – dopuszczając poziom 5% maksymalnego wzrostu ceny – przewidział faktycznie możliwość nawet 10% wzrostu. Jednocześnie poinformował, iż pismem z dnia 1 października 2024 r. dokonał zmian projektu Umowy poprzez zmianę postanowień: § 16a ust. 13 pkt 7, § 16a ust. 19, nadto wykreślił z § 16a ust. 22.

Do postępowania odwoławczego nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo zostało uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Izba stwierdziła ponadto, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP. W szczególności, Izba stwierdziła, że odwołanie – wbrew argumentacji Szpitala – zostało przekazane Zamawiającemu przez Odwołującego w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu, a zatem nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 PZP. Zgodnie z art. 514 ust. 2 PZP, Odwołujący ma obowiązek przekazać zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Istotny jest wybór przez odwołującego takiego sposobu przekazania odwołania, by zamawiający dowiedział się o odwołaniu lub jego treści najpóźniej w ostatnim dniu przewidzianym na wniesienie odwołania. Z regulacji tej nie wynika żaden inny obowiązek wykonawcy w zakresie przekazania odwołania zamawiającemu niż taki, by zapewnić zamawiającemu możliwość zapoznania się z treścią odwołania przed upływem terminu. Z art. 514 ust. 2 PZP wynika, że wybór właściwego ku temu sposobu ustawodawca pozostawił odwołującemu. Regulacja ta nie przewiduje zaś obowiązku przekazania odwołania w sposób ułatwiający zamawiającemu zapoznanie się z odwołaniem, czy też w sposób narzucony przez zamawiającego, np. poprzez ustalone w SWZ środki komunikacji, czy też w godzinach pracy zamawiającego. Termin na wniesienie odwołania reguluje przepis art. 515 PZP. Zgodnie z art. 111 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Tym samym, art. 514 ust. 2 PZP wymaga od odwołującego się wykonawcy, by przekazał zamawiającemu odwołanie tak, by umożliwić mu zapoznanie się z jego treścią do upływu ostatniego dnia terminu na wniesienie odwołania, tj. do godziny 24.00. Według ust. 3 tego przepisu, domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wskazane domniemanie może podlegać obaleniu, gdy zamawiający wykaże, że nie mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. Niemniej, w ocenie Izby dotyczy to wyłącznie sytuacji niezależnych od zamawiającego. Gdyby uwarunkowania leżące po stronie zamawiającego miały decydować o skuteczności przekazania mu odwołania, a tym samym skuteczności wniesienia odwołania do Prezesa Izby, droga odwoławcza pozostałaby iluzoryczna lub zależałaby od zamawiającego, np. gdyby zamawiający w ostatnim dniu terminu do wniesienia odwołania wyznaczył szkolenie wyjazdowe, na które delegowałby pracowników i następnie próbował obalić domniemanie z ust. 3 podnosząc, że nie mógł zapoznać się z odwołaniem, gdyż brak było osoby uprawnionej do odbioru korespondencji. W tym kontekście

nie powinno ulegać wątpliwości, iż niedopuszczalne jest uzależnianie skuteczności przekazania zamawiającemu odwołania od okoliczności zależnych od zamawiającego, np. ustalonych godzin pracy zamawiającego, zarządzeń komisji przetargowej, regulaminów pracy zamawiającego. Obalenie domniemania z ust. 3, zdaniem Izby, jest możliwe w sytuacji zaistnienia przyczyn obiektywnych, niezależnych od zamawiającego, np. awaria serwerów. Zamawiający w niniejszej sprawie nie zdołał obalić ww. domniemania otrzymania odwołania w taki sposób, by obiektywnie rzecz biorąc mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem terminu na jego wniesienie, tj. przed upływem dnia 23 września 2024 r.

Postępowanie odwoławcze w części co do zarzutów wycofanych przez Odwołującego przed otwarciem rozprawy, tj. co do zarzutów nr 1, 3, 4, 5, 6, 7 w części co do § 16a ust. 13 pkt 7 i ust. 22 projektu Umowy podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 PZP. Z kolei, w odniesieniu do zarzutu nr 7 w części co do § 16a ust. 19 projektu Umowy, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 PZP, z uwagi na to, że wobec dokonania zmiany ww. postanowienia przez Zamawiającego pismem z dnia 1 października 2024 r. – dalsze postępowanie w tym zakresie stało się zbędne. Izba uznała, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak wskazał Odwołujący, jest profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, zaś kwestionowane odwołaniem postanowienie projektu Umowy narusza przepisy prawa cywilnego i przepisy PZP, uniemożliwiając mu złożenie oferty. Stąd, w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, rozumianą jako brak możliwości złożenia oferty w postępowaniu, a tym samym brak możliwości uzyskania zamówienia publicznego, utraty przychodów i zysku z tytułu jego wykonywania. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP.

Do niniejszego postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia.

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i nadbudowa Szpitala Specjalistycznego im. J. Śniadeckiego w Nowym Sączu, tj. wyburzenie budynku bakteriologii i budowa budynku diagnostycznego wraz z drogami i chodnikami oraz zewnętrznymi instalacjami na działce nr 35, w obrębie 73, przy ul. Młyńskiej w Nowym Sączu (kategoria obiektu – XI). Realizacja zadania została zaplanowana dwuetapowo: Etap 1 – rozbiora budynku bakteriologii oraz Etap 2 – budowa nowego obiektu. Zadanie, wg pkt 1 Rozdziału IV. Opis przedmiotu zamówienia SWZ, winno być realizowane w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez F.P.H.U. AB-PROJEKT A. B. Kraków, dla której uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę nr 226/2022 z dnia 9 czerwca 2022 r., znak: WAU.RAB.6740.105.2022.JJ.

Zamawiający dopuścił udział podwykonawców lub dalszych podwykonawców realizujących

określony zakres robót w oparciu o umowę między wykonawcą, a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą. Zamawiający wymaga wskazania przez wykonawcę części zamówienia (zakres robót), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (pkt 5 Rozdział IV SWZ; zob. też Rozdział V SWZ).

Zgodnie z pkt 12 Rozdziału IV SWZ, dokumentacja projektowa stanowi podstawę do wyliczenia ryczałtowej wartości oferty na wykonanie całości zadania (przedmiary robót) – wykonawca winien przedstawić wskaźniki cenotwórcze służące dla obliczenia wartości przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie dla wykonawcy będzie wynagrodzeniem ryczałtowym. Dalej wskazano, że wartość kosztorysowa zamówienia winna zostać obliczona na podstawie przedmiaru robót, pomocniczo – dokumentacja projektowa.

Termin realizacji zamówienia, wg Rozdziału VI SWZ, ustalono na dzień 31 maja 2026 r. (wg szacunków Zamawiającego – data zawarcia umowy to 16 listopada 2024 r.).

Wg Rozdziału XIV Opis sposobu obliczenia ceny oferty, cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w SWZ. Wg wskazań Zamawiającego, cena winna obejmować w szczególności koszty robót przygotowawczych, wszelkie koszty związane z realizacją robót budowlanych, koszty związane z ubezpieczeniami, zakładane marże, koszt ryzyk pojawiających się podczas realizacji zamówienia jakie na obecnym etapie postępowania mogą być zidentyfikowane; cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w dokumentacji projektowej oraz wzorem umowy. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności wykonawcy wobec zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Projekt umowy został zawarty w Załączniku nr 7 do SWZ i obejmuje następujące postanowienia:

- § 3 ust. 1: „1. Protokolarne przekazanie terenu budowy w dniu r.”
- § 5 lit. a) i b): „Zamawiający ma prawo, jeżeli jest to niezbędne do zgodnej z umową

realizacji zadania, między innymi: a) w sytuacjach uzasadnionych przerwać realizację robót na czas określony, b) zmienić kolejność robót określoną harmonogramem rzeczowo-finansowym, dokonując stosownych wpisów do dziennika budowy.”

- § 7 ust. 3: „3. Roboty zamienne nie stanowią podstawy do zmiany wynagrodzenia

określonego w § 11.”

- § 11 ust. 1: „1. Wartość umowy strony ustalają w wysokości (jest to wynagrodzenie

ryczałtowe) – zgodnie z ofertą przetargową (...). Wynagrodzenie ryczałtowe zawiera wszystkie przewidywane koszty wszystkich robót wynikających ze szczególnego zakresu robót określonego w § 1 i 2 umowy wraz z wartością materiałów i urządzeń oraz pozostałymi kosztami robót i usług niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy”

- § 11 ust. 4: „4. W przypadku powierzenia części robót podwykonawcy lub dalszemu

podwykonawcy, wystawienie faktury przez Wykonawcę za wykonaną część robót przez podwykonawcę, uzależnione będzie od uprzedniego rozliczenia się Wykonawcy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą. Do faktury należy dołączyć kserokopię faktury podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy (potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę) wraz z dowodem zapłaty (potwierdzonym za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę). W przypadku braku kserokopii faktury podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy i/lub dowodu zapłaty, Zamawiający wstrzyma wypłatę wynagrodzenia należnego Wykonawcy do czasu otrzymania ww. dokumentów. Do momentu otrzymania tychże dokumentów nie biegają odsetki należne z tytułu nieterminowej zapłaty.”

- § 11 ust. 5: „5. Ostateczne rozliczenie za wykonany przedmiot umowy nastąpi w oparciu

o fakturę końcową, wystawioną na podstawie bezusterkowego protokołu odbioru końcowego. Faktura końcowa będzie płatna w terminie 30 dni od daty jej otrzymania przez Zamawiającego na zasadach określonych w ust. 3 i 4.”

- § 15 ust. 1 lit. f): „1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: f) w wysokości

1 % ceny brutto przedmiotu umowy w przypadku nie przedstawienia dokumentów potwierdzających zatrudnienie na umowę o pracę osób zgodnie z wymaganiami określonymi w § 1 ust. 8 - 10 za każde nie przedstawienie dokumentów w terminie lub na wezwanie Zamawiającego oraz każdą niezatrudnioną osobą niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego,”

- § 15 ust. 4: „4. Suma kar umownych naliczanych z różnych tytułów wskazanych w ust.

1 , nie może łącznie przekroczyć 50% wartości umowy brutto.”

- § 16 ust. 3: „3. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy bez przeprowadzenia

nowego postępowania o udzielenie zamówienia: a) niezależnie od wartości tej zmiany w przypadku: - wystąpienia okoliczności powodujących, iż zmiana umowy okaże się niezbędna dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, - wprowadzenia robót zamiennych o których mowa w §7 umowy, - zaistnienia konieczności zmiany kolejności wykonania robót, - zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego, - zmiany terminu obowiązywania niniejszej umowy w przypadku przesunięcia terminu zakończenia prac przez Wykonawcę robót budowlanych (przesunięcie terminu jest możliwe jedynie po podaniu uzasadnienia wnioskującego), - obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy, -zaistnienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy czy też od Zamawiającego, powstałych na skutek nieprzewidzianego działania osób trzecich i mających wpływ na realizację zamówienia, - zmiany podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy określonego w niniejszej umowie na wniosek Wykonawcy po wyrażeniu zgody przez Zamawiającego, - zmiany terminu realizacji zamówienia po przedstawieniu stosownego

uzasadnienia uwzględniającego przepisy ustawy PZP, - zmiany nr konta bankowego, -zaistnienia okoliczności powodujących, iż zmiana umowy okaże się niezbędna dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, - zmiany terminów wykonania przedmiotu umowy, zwłaszcza gdy dotrzymanie terminu wskazanego pierwotnie okazało się niemożliwe z powodów, za które nie ponosi odpowiedzialności Wykonawca, - zmniejszenia (obniżenia) wynagrodzenia, zwłaszcza w sytuacji zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy, - zmiany, po zawarciu umowy, ustawowej stawki podatku VAT, z tym że kwota brutto wynagrodzenia należna Wykonawcy nie może ulec podwyższeniu, a ewentualna zmiana umowy będzie dotyczyła stawki podatku i kwoty netto tego wynagrodzenia, - zmian, o których mowa w § 16a, - zmian spowodowanych okolicznościami poza kontrolą stron, których - działając z należytą starannością - nie mogli przewidzieć w chwili zawierania umowy; Dotyczy to w szczególności takich okoliczności jak: zagrożenie epidemiologiczne (w tym stan zagrożenia

epidemiologicznego w związku z pandemią spowodowaną koronawirusem), zamieszki, akty terroru, zamknięcie granic, rządowe ograniczenia międzynarodowego transportu, utrudnienia na lotniskach i granicach, niepokoje społeczne, działania władz, klęski żywiołowe – burze i zjawiska z nimi związane np. wyładowania atmosferyczne, wiatry, opady, powodzie, wylewy, huragany, pożary, trzęsienia ziemi, obsunięcia ziemi, lawiny, tj. okoliczności o charakterze tzw. siły wyższej; W czasie trwania siły wyższej Wykonawca odpowiada za wykonywanie Umowy, gdy ponosi winę umyślną za naruszenia; Wykonawca zobowiązuje się informować Zamawiającego niezwłocznie i na bieżąco o wszelkich trudnościach związanych z realizacją przedmiotu umowy, b) zmiany dotyczącej wzajemnych świadczeń stron umowy w przypadku: - gdy nowy Wykonawca ma zastąpić dotychczasowego (jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, w wyniku sukcesji, wstąpienia w prawa i obowiązki Wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości itp. (zmiany danych podmiotów zawierających umowę).”

- § 16a ust. 1 pkt 5: „1. Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości

Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w §11 ust.1, w formie pisemnego aneksu, na zasadach i w sposób określony w ust. 4-16, każdorazowo w przypadku zmiany: 5) ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania Umowy przez Wykonawcę.”

- § 16a ust. 13 pkt 1, pkt 4, pkt 5, pkt 7: „13. W przypadku zmiany Wynagrodzenia, o której

mowa w ust. 1 pkt 5 Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmiany Wynagrodzenia przy założeniu następujących zasad: 1) Strony uprawnione będą do żądania zmiany Wynagrodzenia, jeśli w okresie kolejnych 6 pełnych miesięcy kalendarzowych, licząc od miesiąca następującego po miesiącu, w którym zawarto

Umowę, suma wartości miesięcznych wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanych w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego publikowanych Biuletynie Informacji Publicznej Głównego Urzędu Statystycznego, zwanego dalej: „Wskaźnikiem”, zmieni się o co najmniej +/- 4,0 % w porównaniu do cen zawartych w ofercie. W przypadku likwidacji Wskaźnika, zastosowanie znajdzie inny wskaźnik, najbardziej zbliżony do Wskaźnika, publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub przez inny właściwy organ władzy publicznej, uzgodniony przez Strony, a w przypadku braku dojścia do porozumienia między Stronami co do wyboru wskaźnika przed upływem 1 miesiąca od daty likwidacji Wskaźników, o wyborze odpowiedniego wskaźnika zadecyduje samodzielnie Zamawiający; 4) waloryzacja będzie kalkulowana w oparciu o wskaźnik waloryzacji będący sumą wartości Wskaźników opublikowanych w okresie 6 pełnych miesięcy w porównaniu do poprzedniego okresu 6 pełnych miesięcy, o ile suma ta w tym okresie przekroczy +/-4%. Wzór na obliczenie wskaźnika: $Ww = 0,5 \cdot (CPI - 4\%)$, gdzie: Ww – wskaźnik waloryzacji; CPI – suma wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej z sześciu miesięcy kalendarzowych; 0,5 – wskaźnik ryzyka 50x50. Jeśli suma wartości Wskaźników nie przekroczy +/- 4% waloryzacja nie będzie przeprowadzona. 5) każda Strona może wystąpić z wnioskiem o waloryzację Wynagrodzenia na podstawie ust. 1 pkt 5 w terminie 10 dni następujących po opublikowaniu Wskaźnika dotyczącego ostatniego z 6 miesięcy, których mowa w pkt 3. Wniosek musi być złożony na piśmie i zawierać wyliczenie wskaźnika waloryzacji, kwotę pozostałego Wynagrodzenia podlegającego waloryzacji oraz wykazaniem, że wzrost sumy Wskaźników ma wpływ na cenę materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i będących podstawą opracowania przez Wykonawcę oferty. Do wniosku o waloryzację Wykonawca dołączy protokoły miesięczne zaawansowania wykonanych robót w okresie, którego dotyczy wyliczony wskaźnik waloryzacji. W przypadku, gdy procentowe zaawansowanie robót ujętych w tych protokołach odbiega od procentowego zaawansowania wynikającego z Harmonogramu rzeczowo finansowego o którym mowa w § 1 ust. 2 lit. b), a opóźnienie to jest spowodowane okolicznościami, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, to waloryzacji będzie podlegało tylko wynagrodzenie pozostałe, wynikające z Harmonogramu rzeczowo – finansowego; 7) uchybienie przez Wykonawcę zastrzeżonemu w pkt. 5 terminowi doręczenia wniosku o waloryzację oznacza, że Wykonawca zrzeka się roszczeń o waloryzację Wynagrodzenia pozostałego Wykonawcy do końca Inwestycji, o którym mowa w ust. 1 pkt 5;’

- § 16a ust. 18: „18. Wykonawca w terminie 21 dni od daty zawarcia Umowyłoży Zamawiającemu na piśmie Szczegółową Kalkulację Kosztów wykonania zamówienia,

opartą na kalkulacji ceny ofertowej, z uwzględnieniem wpływu na te koszty obowiązujących w dacie złożenia oferty okoliczności i aspektów, o których mowa ust. 1 pkt 1 – 5. Kalkulacja ta będzie stanowiła bazowy materiał porównawczy w stosunku do kalkulacji uwzględnionych we wnioskach o zmianę wysokości wynagrodzenia. Nieprzekazanie przez Wykonawcę kalkulacji lub przekazanie kalkulacji niekompletnej, nieprecyzyjnej, niejasnej, nierzetelnej, czy niespójnej będzie stanowiło podstawę do odmowy uwzględnienia wniosku o zmianę wynagrodzenia z uwagi na brak możliwości weryfikacji takiego wniosku względem uwarunkowań przyjętych przez Wykonawcę przy sporządzaniu oferty (tzn. kontekstu ustalenia wpływu zmian na koszty realizacji Umowy).”

- § 16a ust. 19: „19. Zmiana Wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji

Wynagrodzenia (tj. maksymalne podwyższenie lub obniżenie Wynagrodzenia) nie może przekroczyć 3% Wynagrodzenia Wykonawcy określonego w pierwotnym brzmieniu §11 ust. 1.”

- § 16a ust. 22: „22. Ostatnia waloryzacja wynagrodzenia może nastąpić na 6 miesięcy

przed datą potwierdzenia przez Zamawiającego gotowości Wykonawcy do Odbioru końcowego inwestycji.”

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty tam powołane:

- dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 1 października 2024 r., w szczególności ogłoszenie o

zamówieniu, SWZ wraz z załącznikami i wyjaśnieniami oraz protokół postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, argumentacja Odwołującego w części co do zarzutu nr 2 i zarzutu nr 7 odwołania okazała się zasadna i przekonująca w stopniu, który zadecydował o nakazaniu Zamawiającemu wprowadzenia stosownych zmian do projektu Umowy stanowiącego, Załącznik nr 7 do SWZ.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego brzmienia § 5, § 7 ust. 3 oraz § 16 ust. 3 projektu Umowy, Izba uwzględniła ten zarzut w części, z wyjątkiem odnoszącym się do treści § 5 projektu Umowy. W zasadniczej części, potwierdziły się bowiem wskazane w odwołaniu naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 PZP oraz 455 ust. 1 pkt 1 PZP i art. 99 PZP w związku z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC.

Po pierwsze, formułując brzmienie ust. 3 projektu Umowy, zawartego w § 7 pt. Roboty zamienne, w świetle którego tego rodzaju roboty nie stanowią podstawy do zmiany wynagrodzenia wykonawcy, Zamawiający w ewidentny sposób naruszył

zasady równowagi kontraktowej (art. 8 ust 1 PZP oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 16 pkt 3 PZP, art. 433 pkt 3 PZP). W świetle, znajdującego, z mocy art. 8 ust. 1 PZP, zastosowanie na gruncie

zamówień publicznych, przepisu art. 353¹ KC, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiała się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. W szczególności, art. 433 pkt 3 PZP sprzeciwia się nałożeniu na wykonawcę okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność podnosi zamawiający. W przedmiotowym przypadku, niewykluczone jest, że konieczność wprowadzenia robót zamiennych może wynikać z błędów dostarczonego przez Zamawiającego projektu budowlanego. Nadto, Jakkolwiek, rację ma Zamawiający podnosząc, iż w przypadku wynagrodzenia kontraktowego, jakie zostało przewidziane na gruncie przedmiotowego zamówienia, zmiany wysokości wynagrodzenia są dopuszczalne wyjątkowo, to właśnie regulacja art. 455 PZP, dotycząca zmian umowy takich wyjątków dotyczy. Wprowadzenie robót zamiennych, w istocie leży w interesie Zamawiającego, skoro ma na celu należyte wykonanie robót budowlanych. Nadto, zdaniem Izby, nie można uznać – tak jak tego chciał Zamawiający – że konieczność ich wykonania jest generalnie rzecz biorąc okolicznością zależną od wykonawcy. Nie można tak uznać zwłaszcza w przypadku, gdy zadaniem wykonawcy jest wykonanie robót budowlanych wg projektu budowlanego dostarczonego przez zamawiającego. Wprowadzenie robót zamiennych w ramach robót budowlanych, co do zasady, jest bowiem wynikiem obiektywnej sytuacji, niezależnej od wykonawcy, związanej z koniecznością wprowadzenia zmian, od których zależy realizacja budowy zgodnie ze sztuką budowlaną. Jak wyjaśnił dr H. Wysoczański: „Konieczność wprowadzenia robót zamiennych może wynikać z przyczyn technologicznych lub ekonomicznych, takich jak zmiany technologii czy jakości dostępnych materiałów, zmiana w postanowieniach Polskiej Normy dokonana w czasie realizacji budowy, okresowy brak na rynku określonego rodzaju materiału, który można zastąpić innym materiałem, równoważnym technicznie, użytkowo oraz estetycznie.” (H. Wysoczański, Prawo do zmiany oraz polecenie zmiany treści umowy o roboty budowlane w świetle warunków FIDIC 2017, wyd. 1, Lealis). Wydaje się naturalne, że ww. okoliczności nie powinny obciążać wykonawcy. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 3 sierpnia 2012 r. (sygn. Legalis), wyjaśniono, że „roboty zamienne, to roboty ujęte w dokumentacji projektowej, wykonywane tylko w sposób odmienny od określonego w umowie. (...) Wykonanie robót zamiennych ma służyć właściwej realizacji zamówienia, które aktualnie jest w toku poprzez zmianę sposobu spełnienia określonego świadczenia wywołaną czynnikami obiektywnymi związanymi z tą realizacją. Wprowadzenie rozwiązań zamiennych w ramach robót budowlanych łączy się zatem z zaistnieniem obiektywnej sytuacji, niezależnej od wykonawcy, związanej z koniecznością wprowadzenia zmian warunkujących realizację budowy zgodnie ze sztuką budowlaną, jeśli zmiana ta nie spowoduje rozszerzenia przedmiotu zamówienia określonego w dokumentacji projektowej ani wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym, realizacja robót zamiennych w stosunku do określonych w umowie nie jest dowolna, musi być wywołana czynnikami obiektywnymi związanymi z tą realizacją.” Skoro tak, to w

ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, niedopuszczalne jest wyłączenie w tych wypadkach z góry, możliwości dokonywania zmian wynagrodzenia wykonawcy, zwłaszcza, że zmiana taka w przypadku robót zamiennych może być dokonana zarówno w interesie wykonawcy, jeśli wynagrodzenie powinno ulec podwyższeniu, jak też w interesie zamawiającego, jeśli wynagrodzenie takie powinno ulec obniżeniu. W efekcie Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie z § 7 ust. 3, zakazującego zmiany wynagrodzenia w wypadku podjęcia decyzji o wykonaniu robót zamiennych. Wprowadzenie zmiany w tym zakresie powinno wówczas odbywać się na zasadach ogólnych wskazanych w projekcie umowy (§ 16 ust. 3 projektu umowy).

Izba uznała również, że brzmienie § 16 ust. 3 wprost narusza, wynikający z art. 455 § 1 pkt 1 PZP, nakaz, by przewidziana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji możliwość zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia była wprowadzona przy pomocy jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które spełniają łącznie następujące warunki: określają rodzaj i zakres zmian oraz warunki ich wprowadzania oraz nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy. Izba stwierdziła, że treść § 16 ust. 3 przedmiotowego projektu Umowy, tych wszystkich warunków nie spełnia, nie obejmuje bowiem swym brzmieniem określenia jakiegokolwiek rodzaju i zakresu dopuszczalnych zmian Umowy. Zamawiający skoncentrował się wyłącznie na kazuistycznym opisanu warunków wprowadzenia zmian. Rację ma zatem Odwołujący, iż Zamawiający powinien dookreślić jakiego rodzaju zmiany, tj. dotyczące którego elementu świadczenia są dopuszczalne. W szczególności, wobec treści projektu Umowy, konieczne jest doprecyzowanie, że dopuszczalne są zmiany w zakresie terminu wykonania umowy i wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

W efekcie, powyższe narusza również art. 16 pkt 3 PZP i wyrażoną tam zasadę zapewnienia proporcjonalności – skoro zakwestionowane postanowienia projektu Umowy wprowadzały nieproporcjonalne warunki umowne, powodujące obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w wyższym stopniu niż to konieczne.

Ponadto, Izba uznała, że w świetle postanowień § 16 ust. 3 projektu Umowy przewidujących możliwość dokonania zmiany Umowy, doprecyzowanie § 5 lit. a) i b) projektu Umowy nie jest konieczne i zasadne. W wypadkach wskazanych w § 5 projektu Umowy nie została bowiem wyłączona możliwość zmiany Umowy, w szczególności wobec wskazania, w wykonaniu wyroku Izby, że istnieje możliwość zmiany ceny (wynagrodzenia), jak też terminu realizacji Umowy. Ponadto, we wskazanych w § 5 lit. a) i b) sytuacjach, interes wykonawcy zabezpieczają również inne postanowienia Umowy, jak też przepisy Kodeksu cywilnego. W szczególności, w świetle przepisów Kodeksu cywilnego, wykonawca nie może zostać obciążony odpowiedzialnością za okoliczności od niego niezależne, w tym okoliczności leżące po stronie zamawiającego, takie jak nakazanie przerwania robót na czas określony (§ 5 lit. a) projektu Umowy). Zdaniem Izby,

w tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przepisów wskazanych w zarzucie.

W zakresie zarzutu 7, Izba zasadniczo przyjęła argumentację Odwołującego dotyczącą braku zapewnienia przez Zamawiającego realnego charakteru wprowadzonej waloryzacji wynagrodzenia. Istotne jest przy tym podkreślenie, że Izba może ingerować w treść klauzuli waloryzacyjnej w projekcie umowy o udzielenie zamówienia publicznego tylko

wówczas, gdy narusza ona wprost warunki ustalone w art. 439 PZP, w tym nie zawiera wymaganych w ust. 2 elementów tej klauzuli. Zdaniem Izby, dostosowania do realiów rynkowych, w tym postępującej inflacji, nie zapewniała regulacja § 16a ust. 13 pkt 1 i 4 projektu Umowy, która odwoływała się do wartości miesięcznych wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanych w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego publikowanych w Biuletynie Informacji Publicznej Głównego Urzędu Statystycznego. Wg Umowy, od procentowej zmiany poziomu wyznaczonego przez sumę wartości miesięcznych ww. wskaźnika w stosunku do cen zawartych w ofercie zależy uprawnienie stron do żądania zmiany wynagrodzenia. W projekcie Umowy Zamawiający przewidział, że jeżeli suma wartości miesięcznych tego wskaźnika zmieni się o co najmniej $\pm 4,0\%$ w porównaniu do cen zawartych w ofercie – strony będą uprawnione do żądania zmiany wynagrodzenia. Odwołujący wykazał zaś w odwołaniu, że przy ustalonym na 4% poziomie sum wartości miesięcznych wskaźnika oraz zmianach cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2023 – 2024 w porównaniu z poprzednim okresem, nie jest możliwe by suma ta osiągnęła wartość 4%, lecz co najwyżej 2,3%. Tym samym, w okresie realizacji Umowy – jak wykazał STRABAG – nie dojdzie do spełnienia przesłanek waloryzacji, stąd przewidziana w projekcie Umowy klauzula jest pozorna. Co więcej, w odniesieniu do zawartego w ust. 13 pkt 4 projektu Umowy, wzoru na obliczenie wskaźnika waloryzacji (Ww), Odwołujący słusznie podniósł, iż sformułowanie zaskarżonego postanowienia w istocie czyni mechanizm waloryzacji pozornym i oderwanym od realiów rynkowych, przeprowadzona bowiem przez Odwołującego symulacja dla okresu historycznego wskazuje, że pomimo zarejestrowania narastającego wzrostu cen wynoszącego 9,9% zastosowane warunki ograniczające oraz wprowadzony wzór dla wyznaczania poziomu waloryzacji dałyby uprawnienie do jej naliczenia w wysokości tylko 0,2%. Przy czym, nadmienić należy, iż Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, że ww. poziom 4% zapewnia realną możliwość waloryzacji wynagrodzenia i tym samym uwzględni, wynikający z art. 439 ust. 1 PZP, obowiązek zapewnienia przez Zamawiającego, możliwości wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jakkolwiek, przepis art. 439 PZP nie określa ani sposobów ani poziomów waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, jakie zobowiązany jest ustalić zamawiający w umowie o zamówienie publiczne, to jednak zamawiający nie ma w tej kwestii dowolności. Konieczne jest bowiem uwzględnienie ratio legis tego przepisu, który ma zapewnić,

że w umowach, których przedmiotem są m.in. roboty budowlane, zawartych na okres dłuższy niż 6, wynagrodzenie miesięcy będzie waloryzowane. Waloryzacją nazywamy zaś dostosowanie wynagrodzenia należnego wykonawcy do zmian cen materiałów i kosztów. Jakkolwiek, pomimo, że ustawa PZP nie wprowadza żadnych limitów ani minimalnych progów odnoszących się do waloryzacji, to jednak granicą dowolności w kształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej przez zamawiającego jest konieczność zapewnienia, że Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy zawiera klauzule waloryzacyjne, zaś jej treść gwarantuje realne dostosowanie wysokości wynagrodzenia wykonawcy do zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jak wykazał Odwołujący, projektowane postanowienia Umowy w zasadzie gwarantują skutek przeciwny, tj. że wykonawca w aktualnym, trudnym otoczeniu rynkowym albo nie będzie uprawniony do waloryzacji albo jej poziom nie będzie uwzględniał realnych zmian cen. Biorąc pod uwagę to wymagane, Izba nakazała Zamawiającemu obniżyć poziom $+4\%$ sumy wartości miesięcznych wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanych w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego do 1%. Izba nie dopatrzyła się jednak, zarzucanej przez Odwołującego, niezgodności z ww. regulacjami opisanego w ust. 13 pkt 4 projektu Umowy, wzoru na obliczenie wskaźnika, w części co do wskaźnika ryzyka 50x50 (0,5), bowiem Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, jaki wskaźnik ten ma wpływ na realność waloryzacji i dlaczego jego zdaniem, wskaźnik ten nie zapewnia zachowania równowagi stron czy prawidłowego rozkładu ryzyk kontraktowych. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń, ani przekonującej argumentacji. W orzecznictwie Izby podkreśla się, jak to słusznie wskazał Zamawiający, iż ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów powinno – w ramach równowagi kontraktowej – być rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko takie wszak wykonawca powinien uwzględnić w cenie ofertowej (Rozdział XIV pkt 2 SWZ). Izba uwzględniła zaś zarzut 7 w części co do § 16a ust. 13 pkt 5 oraz ust. 19 projektu Umowy na podstawie podobnej co do obu postanowień, argumentacji Odwołującego odnoszącej się do niedopuszczalnego ograniczenia prawa do występowania z wnioskiem o waloryzację poprzez wprowadzenie terminu przedstawienia Zamawiającemu różnego rodzaju dokumentów oraz formy wniosku o dokonanie waloryzacji i możliwości jego subiektywnej, dowolnej oceny przez Zamawiającego. W ocenie Izby ww. postanowienia projektu Umowy stanowią zaprzeczenie obowiązku zapewnienia mechanizmu waloryzacji, czyniąc ją iluzoryczną, zależną wyłącznie od potrzeb i chęci Zamawiającego. Konieczne jest zatem wykreślenie z tych postanowień kwestii związanych z wyznaczonym terminem na wystąpienie z wnioskiem o waloryzację (10 dni po opublikowaniu Wskaźnika) oraz terminem na przekazanie Zamawiającemu na piśmie Szczegółowej Kalkulacji Kosztów wykonania zamówienia, a także wskazaną w ust. 18 zd. Ostatnie, konsekwencją różnego rodzaju „nieprawidłowości” w przekazaniu Kalkulacji Zamawiającemu. W efekcie potwierdził się zarzut nr 7 odwołania

dotyczący naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 2, 3, 4 PZP. Zgodnie bowiem z tą regulacją, umowa, której przedmiotem są m.in. roboty budowlane, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W umowie określa się: 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, 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.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. c) PZP,

orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i 2 w zw. z 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3, ust. 6 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 (Dz. U. poz. 2437 ze zm.). Izba postanowiła stosunkowo rozdzielić koszty postępowania, w proporcji 2:7, zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego proporcjonalną część wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodnicząca: