

WYROK
z dnia 29 lutego 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 lutego 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 stycznia 2024 roku**
przez wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Przygodzice z siedzibą w Przygodzicach**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 3 – uwzględnionego przez Zamawiającego;
2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 4 – wycofanego przez Odwołującego;
3. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę zapisów umowy i pozostałych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:
 - a) przez modyfikację zapisów paragrafu 9 wzoru umowy dotyczących odbioru robót w sposób proponowany przez Odwołującego w treści żądania zamieszczonego w odwołaniu;
 - b) z uwzględnieniem okoliczności, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego w wyniku zastosowania waloryzacji nie może być wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego;
 - c) zmiana wynagrodzenia w wyniku zastosowania waloryzacji nastąpi procentowo o wartość ustaloną według podanych reguł, gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 5%.

4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Przygodzice z siedzibą w Przygodzicach w następujący sposób:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **Budimex Spółka Akcyjna**

z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, a także kwotę **3 591 zł 60 gr** (słownie: trzech tysięcy pięciuset dziewięćdziesięciu jeden złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Gminy Przygodzice z siedzibą w Przygodzicach** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminę Przygodzice z siedzibą**

w Przygodzicach na rzecz Odwołującego – **Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą**

w Warszawie kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu.

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:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Przygodzice z siedzibą w Przygodzicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Budowa przedszkola z oddziałem żłobkowym w Dębicy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 stycznia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00075626.

Dnia 5 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zmianami, dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako: „KC”), tj.:

1)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 577 § 4, art. 647, art. 654, art. 5 i art. 3531 KC

w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 453 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, oraz poprzez uzależnienie, w ramach projektowanych postanowień Umowy, dokonania zakończenia robót i rozliczenia prac od dokonania odbioru częściowego i końcowego bez wad i usterek (bezusterkowy odbiór robót), nawet jeśli wady lub usterki mają charakter nieistotny, a tym samym ukształtowania postanowień uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia, a także rozpoczęcie biegu okresu gwarancji

i zwrotu części wniesionego zabezpieczenia, od odbioru bez wad, tj. odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy

i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

2)art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353¹ KC poprzez wprowadzenie do umowy postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzecznym z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując nieefektywność i nierealność mechanizmu waloryzacji, i tym samym utrudniając lub wręcz uniemożliwiając dokonanie waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowią obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych

z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2);

3)art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353¹ KC poprzez wprowadzenie do umowy postanowień ograniczających możliwość dokonania zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmian mających wpływ na koszty realizacji zamówienia, a wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa do wysokości określonej przez Zamawiającego, a nie wynikającej ze zmian wprowadzonych przez ustawodawcę, tj. poprzez sformułowanie tych postanowień w sposób wypaczający ideę waloryzacji i spreczny z celem określonym w art. 436 pkt 4) lit. b) ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, i tym samym stanowiąc obejście przepisów ustawy Pzp dotyczących wprowadzenia obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany przepisów prawa, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem skrajnie niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 3);

4)art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp,

art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 487 § 2 KC, art. 5 i art. 353¹ KC poprzez wprowadzenie do umowy postanowień ograniczających możliwość zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji, gdy zmiany te będą wynikały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, tj. jednoznaczności i kompletności wykonanej przez Zamawiającego dokumentacji (przedmiaru robót), stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem skrajnie niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasadę ekwiwalentności świadczeń oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4).

Odwołujący wnosil o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i treści ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący zaznaczył, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp o KC interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający poprzez wprowadzenie do dokumentacji przetargowej postanowień niezgodnych

z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zamawiający opublikował dokumentację

postępowania w dniu 29 stycznia 2024 r. Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinna być tak ukształtowana aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiązać się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.

W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień

i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna

(np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko

w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10.

Zarzut nr 1

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, wprowadził m.in. następujące postanowienia regulujące procedurę odbioru robót:

§ 9 ust 2. Umowy „*Odbiór częściowy prowadzi Inspektor nadzoru inwestorskiego przy udziale przedstawiciela Zamawiającego. Podstawą formalną odbioru częściowego jest podpisany przez upoważnionych przedstawicieli stron protokół odbioru elementu robót wraz z opracowanym przez Wykonawcę stanem zaawansowania prac, ujętych w harmonogramie rzeczowo – finansowym*”.

§ 9 ust 3. Umowy „*Strony postanawiają, że przedmiotem odbioru końcowego będzie przedmiot umowy*.”

§ 9 ust 4. Umowy „*Odbiór końcowy dokonany będzie przez przedstawicieli Zamawiającego przy udziale Inspektora nadzoru inwestorskiego i przedstawiciela Wykonawcy*.”

§ 9 ust 11. Umowy „*Jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:*

– *gdy wady nadają się do usunięcia, wówczas czynności odbioru zostaną przerwane przez Zamawiającego i wyznaczy on Wykonawcy termin na usunięcie wad,*

– *gdy wady nie nadają się do usunięcia, wówczas:*

a) jeżeli nie utrudniają użytkowania przedmiotu umowy zgodnie

z przeznaczeniem Zamawiający może dokonać odbioru, obniżając odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy,

b) jeżeli uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie

z przeznaczeniem, Zamawiający może odmówić odbioru, żądając wykonania umowy po raz drugi lub odstąpić od umowy.”

§ 9 ust 12. Umowy „*Żądając usunięcia stwierdzonych wad lub wykonania umowy po raz drugi, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin. Wykonawca nie może odmówić usunięcia wad lub wykonania umowy po raz drugi bez względu na wysokość związanych z tym kosztów*.”

§ 9 ust 13 Umowy „*W przypadku nie usunięcia przez Wykonawcę zgłoszonej wady lub niewykonania umowy po raz drugi w wyznaczonym terminie, Zamawiający może usunąć wadę w zastępstwie i na koszt Wykonawcy, po uprzednim pisemnym jego zawiadomieniu*.”

§ 9 ust 14 Umowy „*Odbiór robót budowlanych wraz wymaganymi dokumentami zostanie potwierdzony podpisaniem protokołu odbioru końcowego przynajmniej przez przedstawicieli stron, o których mowa w § 6*.”

§ 12 ust. 1 Umowy „*W przypadku nie wykonania przez Wykonawcę całego zakresu zleconych prac Zamawiający*

może zlecić je do wykonania innemu Wykonawcy. Wówczas nastąpi obniżenie wynagrodzenia proporcjonalnie do wykonanego zakresu robót, co nie wyklucza naliczenia kar umownych”.

- z procedurą odbioru bezusterkowego skorelowany jest również początek okresu gwarancji:

§ 14 ust. 2. Umowy „Okres gwarancji i rękojmi ustala się na miesięcy licząc od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy”

- zapłata wynagrodzenia wykonawcy i odpowiedzialność:

§ 11 ust. 3. Umowy „Podstawą formalną odbioru częściowego jest protokół odbioru częściowego robót wraz z opracowanym przez Wykonawcę stanem zaawansowania prac, ujętych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, podpisane przez upoważnionych przedstawicieli stron”

§ 11 ust. 4 Umowy „Podstawę do wystawienia faktury końcowej w 2025 roku stanowi protokół odbioru końcowego robót, podpisany przez upoważnionych przedstawicieli stron, dokument formalno-prawny umożliwiający użytkowanie obiektu oraz kosztorys powykonawczy”

§ 11 ust. 8 Umowy „Zapłata wynagrodzenia nastąpi przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy, w terminie nie dłuższym niż 30 dni licząc od dnia otrzymania prawidłowo wystawionej faktury wraz z protokołem odbioru robót”

§ 11 ust. 15 Umowy „Do czasu zakończenia odbioru końcowego Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wykonane roboty”.

- oraz zwrot części wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy:

§ 8 ust. 3. Umowy „2. Strony zgodnie postanawiają, że : - część zabezpieczenia (70%) tj. kwota zł (słownie :) gwarantująca zgodne z umową wykonanie robót, zostanie zwrócona lub zwolniona w ciągu 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane”

Z powyższych postanowień wprost wynika, że Zamawiający w sposób niekonsekwentny traktuje kwestię odpowiedzialności za wady i dalszych konsekwencji ich wystąpienia. Pojęcie „Wada” w ogóle nie zostało zdefiniowane, co w istocie prowadzi do wystąpienia daleko posuniętej niepewności po stronie wykonawców w zakresie tego, co istotnie należy rozumieć przez to pojęcie.

Zamawiający zdaje się w sposób niekonsekwentny odróżniać wady istotne od nieistotnych. W rezultacie Zamawiający kreuje swoje uprawnienie do odmowy dokonania odpowiednio odbiorów i płatności w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad – także nieistotnych (usterek, braków formalnych). Wystąpienie jakichkolwiek wad o charakterze nieistotnym może być w związku z tym podstawą do wstrzymania czynności odbiorowych, w tym odbioru końcowego. Powyższe okoliczności wskazują na fakt, że Zamawiający wprowadził więc de facto za pośrednictwem tych postanowień odbiór bezusterkowy, sankcjonowany i wyłączony w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Z jednej strony bowiem Zamawiający dopuszcza usterkowy odbiór końcowy przedmiotu umowy, wprost ustalając procedurę, w której jeżeli wady nie utrudniają użytkowania przedmiotu umowy Zamawiający może dokonać odbioru obniżając odpowiednio wynagrodzenie wykonawcy (§ 9 ust. 11 tiret 2 lit. a) umowy (Dodatek nr 6 do SWZ Projektowane postanowienia umowy). Z drugiej zaś strony w § 9 ust. 11 Umowy Zamawiający tak uregulował swoje uprawnienia dotyczące odbioru, że de facto może za każdym razem wyznaczać termin na usunięcie wad, gdy nadają się do usunięcia (tj. nawet wad nieistotnych), a wykonawca nie może odmówić usunięcia wady bez względu na wysokość związanych z tym kosztów. Tym samym Zamawiający może nie dokonać (w tym wielokrotnie) odbioru przedmiotu umowy także w przypadku występowania wad nieistotnych.

Ustalając w taki sposób procedurę odbiorową Zamawiający wprowadził de facto bezusterkowy odbiór częściowy oraz bezusterkowy odbiór końcowy, jednoznacznie sankcjonowany i wyłączony na gruncie jednolitego orzecznictwa w tym zakresie i praktyki realizacyjnej projektów wykonywanych w reżimie zamówień publicznych. Powyższe postanowienia generują sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo istnienia nieznaczących jedynie uchybień

w robotach wykonanych przez wykonawcę zostaje on pozbawiony należnego mu wynagrodzenia, finansując de facto dane przedsięwzięcie powyżej uzasadnionych ram czasowych. Zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego wykonawca nie mógłby uzyskać należnego mu wynagrodzenia i zobowiązany byłby do ponoszenia kosztów utrzymania obiektu, pomimo możliwości jego prawidłowego użytkowania.

W przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a zidentyfikowane braki mają charakter wyłącznie nieistotnych usterek, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie fakultatywności umożliwiającej przyjmowanie przez Zamawiającego dowolnie obranej przez siebie daty odbioru. Każdorazowo jeśli

przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji projektowej i umożliwia zamawiającemu korzystanie z obiektu, to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac i zapłata za zrealizowane prace. W taki bowiem sposób - poprzez odniesienie do przedmiotowego znaczenia danej wady i jej przełożenia na funkcjonowanie przedmiotu umowy - definiowana jest „istotność” uchybień zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy.

Tożsame zasady, nakazujące dokonanie odbioru i wypłatę wynagrodzenia w sytuacjach zidentyfikowania w przedmiocie umowy wad nieistotnych, obowiązują tak w przypadku dokonywania odbioru końcowego, jak i odbiorów częściowych (odbiorów branżowych). W przypadku odbioru częściowego jest to uzasadnione tym bardziej, że odbiór częściowy powinien być wręcz traktowany bardziej liberalnie i nie wszystkie wady, które umożliwiałyby odmowę dokonania odbioru końcowego, stanowiłyby uzasadnienie dla odmowy dokonania odbioru częściowego. Niektórzy komentatorzy wskazują wręcz, że odbiór częściowy wypełnia raczej rolę „finansowego” kwitowania prac, niż oceny ich jakości, która przeprowadzana jest zasadniczo w ramach odbioru końcowego (tak: *Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. ucz. UW dr hab. Konrad Osajda; jak również Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski*). Co za tym idzie, również w przypadku odbioru częściowego, warunkiem wypłaty wynagrodzenia częściowego, nie może być ocena wykonania danego odcinka robót bez jakichkolwiek wad (tak istotnych jak i nieistotnych).

Wszelkie nieistotne wady zidentyfikowane w ramach czynności odbiorowych i kwestia „rozliczenia” wykonawcy z ich usuwania odbywa się w ramach rękojmi i gwarancji, zabezpieczając więc w sposób wystarczający interesy Zamawiającego w tym przedmiocie. Odebranie przedmiotu umowy (nawet z wadami nieistotnymi) rozpoczyna jednocześnie bieg okresu rękojmi i gwarancji. Wynika to chociażby ze stosowanych w drodze analogii przepisów dotyczących rękojmi i gwarancji przy sprzedaży (art. 577§4 KC, art. 568§1 KC), wiążących rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji z momentem wydania rzeczy kupującemu. W takiej sytuacji to właśnie roszczenia z rękojmi czy gwarancji są reżimem właściwym dla wywodzenia i egzekwowania uprawnień Zamawiającego z zakresu usuwania wszelkich nieprawidłowości dotyczących przedmiotu umowy (art. 638§1 KC). Dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający w sposób dowolny blokuje wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień, pomimo iż jego interesy i uprawnienia zabezpieczone są poprzez ustawowe instrumenty, nie ma nic wspólnego ani z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, ani z zasadą współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wprost wyartykułowaną w ramach ustawy Pzp (art. 431 ustawy Pzp).

Zamawiający uchyla się od ciążącego na nim, bezwzględneho obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, w szczególności przy odbiorach końcowych, jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia np. w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.

W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych: wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06; wyrok SA w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13; wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13; wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19).

Takie uregulowanie procedury odbioru końcowego, uzależnionego od bezusterkowych odbiorów branżowych, ma dalej idące konsekwencje, gdyż od bezusterkowego protokołu odbioru technicznego końcowego przedmiotu Umowy lub odpowiednio protokołu usunięcia usterek stwierdzonych w toku odbioru technicznego końcowego przedmiotu Umowy zaczyna biec termin okresu gwarancji oraz zwrot części wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Zamawiający nie tylko nie ma prawa do dowolności podejmowanych działań przy stwierdzeniu wad o charakterze

nieistotnym, ale też nie ma uprawnienia do wstrzymywania wypłaty jakiegokolwiek części wynagrodzenia przy ich wystąpieniu, dążąc do konieczności uzyskania przez wykonawców protokołów bezusterkowych.

Wykonawca postuluje o usunięcie/korektę postanowień związanych z procedurą odbiorową by dostosować ją do wymogów prawa i zapewnić, że z chwilą podpisania protokołu odbioru końcowego Wykonawca otrzyma należne wynagrodzenie oraz zwrot części zabezpieczenia, a także rozpocznie się bieg okresu gwarancji.

Odwolujący wnosi o modyfikację treści SWZ (Dodatek nr 6 Projektowane postanowienia umowy) i nadanie jej następującego brzmienia:

§ 9 ust 11. Umowy „Jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone istotne wady, przy czym za wadę istotną uznaje się właściwość powodującą niemożność używania lub korzystania w pełni lub w części z przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

– gdy wady nadają się do usunięcia, wówczas czynności odbioru zostaną przerwane przez Zamawiającego i wyznaczy on Wykonawcy termin na usunięcie wad,

– gdy wady nie nadają się do usunięcia, wówczas:

a) jeżeli nie utrudniają użytkowania przedmiotu umowy zgodnie

z przeznaczeniem Zamawiający może dokonać odbioru, obniżając odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy,

b) jeżeli uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie

z przeznaczeniem, Zamawiający może odmówić odbioru, żądając wykonania umowy po raz drugi lub odstąpić od umowy.”

§ 9 ust 12. Umowy „Żądając usunięcia stwierdzonych istotnych wad lub wykonania umowy po raz drugi, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin. Wykonawca nie może odmówić usunięcia wad lub wykonania umowy po raz drugi bez względu na wysokość związanych z tym kosztów.”

§ 9 ust 13 Umowy „W przypadku nie usunięcia przez Wykonawcę zgłoszonej istotnej wady lub niewykonania umowy po raz drugi w wyznaczonym terminie, Zamawiający może usunąć istotną wadę w zastępstwie i na koszt Wykonawcy, po uprzednim pisemnym jego zawiadomieniu.”

Zarzut nr 2

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, wprowadził m.in. następujące postanowienia regulujące procedurę waloryzacji wynagrodzenia umownego:

§ 20 ust. 1 Umowy „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości całkowitego wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 1 Umowy w niżej wskazanych przypadkach, jeżeli okoliczności te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę:

1) zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,

2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

3) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

4) zmiany 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. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572),

5) zmiana umownego wynagrodzenia – maksymalna zmiana nie wyższa niż 5% całkowitego wynagrodzenia umownego określonego w § 10 ust. 1 niniejszej umowy

w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, przy uwzględnieniu jednocześnie warunków:

– początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień zawarcia niniejszej umowy,

– zmiana wynagrodzenia nastąpi procentowo o wartość procentową ustaloną na podstawie zmiany średniej ceny publikowanej w wydawnictwie Sekocenbud na czas wnioskowania o zmianę w stosunku do średniej ceny publikowanej w wydawnictwie Sekocenbud w kwartale, w którym zawarta została niniejsza umowa,

– gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 20%,

– dokonywana maksymalnie jeden raz w półroczu,

– zmiana ceny materiałów lub kosztów wpływa na koszt wykonania zamówienia”

Mimo iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzanym mechanizmem waloryzacyjnym, w tym określenia poziomu zmian ceny uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość doboru najsłabszych wskaźników waloryzacyjnych.

Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia

w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych:

„W obecnej sytuacji rynkowej

w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych”.

Wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne Zamawiający podporządkowany jest temu, aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji. Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, która powinna ustalić czy określony przez Zamawiającego poziom zmiany ceny (poziom wahania cen) pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.

Odwolujący zwrócił uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego

w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia

w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.

Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności

w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwolujący podkreślił uchybienia dotyczące zastosowania przez Zamawiającego waloryzacji wynagrodzenia na podstawie klauzuli waloryzacyjnej uzależnionego od zaistnienia wahań cen materiałów lub kosztów dopiero po przekroczeniu poziomu 20%. Jednocześnie Zamawiający ukształtował możliwość zmiany wynagrodzenia maksymalnie do 5% całkowitego wynagrodzenia umownego.

Postanowienia dotyczące mechanizmu waloryzacyjnego powinny odnosić się do kluczowych materiałów czy kosztów związanych z daną inwestycją i nie mogą być oderwane od terminu, zakresu i skali realizacji oraz celu wprowadzanego mechanizmu, bazującego przede wszystkim na adekwatności i realności.

Jak podkreśla się w tym aspekcie w doktrynie: *Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie określenia, jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom) (...). Również zmiany cen materiałów muszą dotyczyć tych, które znajdują zastosowanie do wykonania zamówienia, przy czym wydaje się, że pojęcie materiałów należy rozumieć szeroko. W przypadku umowy na roboty budowlane będą to m.in. wszelkie materiały budowlane, instalacyjne, elektryczne, ale też surowce czy nawet urządzenia do wbudowania (...)* [tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022].

Według źródeł publikujących uśrednione notowania wzrostów cen, jak np. Sekocenbud (uwzględniony także w klauzuli waloryzacyjnej przez Zamawiającego), wzrosty cen za ostatni rok w budownictwie wyniosły około 18,7%, czyli ponad trzykrotność proponowanego przez Zamawiającego limitu waloryzacji (nie więcej niż 5%).

Natomiast poziom inflacji w 2023 r. wyniósł około 6,5 %, a w grudniu około 6,2 % - jak wynika z wykresów opublikowanych przez Główny Urząd Statystyczny (źródło: <https://stat.gov.pl/wykres/1.html>).

Wskazując na obowiązujące w budownictwie infrastrukturalnym tendencje rynkowe, Odwołujący podkreślił, że największy publiczny Zamawiający w kraju, tj. GDDKiA przewiduje obecnie limit waloryzacji na poziomie 15%. Taka tendencja obserwowana jest zresztą również u innych publicznych zamawiających zlecających zamówienia typu infrastrukturalnego.

Podkreślono także, że nawet wskazany 15% limit waloryzacji, stanowiący obecnie pewną „normę” rynkową jest wartością absolutnie adekwatną do obecnych realiów rynkowych, co obrazują obecne postulaty branży budowlanej, która domaga się podwyższenia limitu waloryzacji nawet do 20%, co – zgodnie z wiedzą Odwołującego – stanowi obecnie przedmiot rozmów i ustaleń z przedstawicielami strony zamawiającej (vide np. <https://www.muratorplus.pl/biznes/wiesci-z-rynku/zbyt-niska-waloryzacja-w-budownictwiezagroza-tysiacom-firm-branza-domaga-sie-zmian-rzad-milczy-aa-pUan-79ykwAJ9.html>).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ciągu ostatnich kilku tygodni na rynku głośnym echem odbiły się deklaracje rządu dotyczące dodatkowych środków na waloryzację w budownictwie infrastrukturalnym i podjęcie przez wielu wykonawców branży budowlanej negocjacji m.in. z GDDKiA dotyczących podwyższenia limitu waloryzacji z obowiązujących 10% do 15% i 20%. W wielu przypadkach zostały już podpisane aneksy do umów zwiększające limit waloryzacji właśnie do 15%.

W ocenie Odwołującego tak ukształtowana przez Zamawiającego w klauzuli waloryzacyjnej maksymalna zmiana wynagrodzenia nie przekraczająca 5 % wynagrodzenia umownego i wahań cen materiałów i kosztów (tj. na poziomie powyżej 20%) jest zupełnie oderwana od realiów rynkowych, i jednocześnie wahania cen materiałów lub kosztów powyżej poziomu 20% są scenariuszem niemożliwym do wystąpienia w trakcie realizacji umowy.

Ukształtowanie mechanizmu waloryzacyjnego na założeniach poczynionych przez Zamawiającego sprawia, że rzeczony mechanizm waloryzacyjny jest de facto pozorny, i w konsekwencji stojący w sprzeczności z założeniem ustawodawcy i treścią przepisu art. 439 ustawy Pzp, bowiem wszystkie przesłanki określone w § 20 ust. 1 pkt 5) Umowy muszą zostać spełnione, aby wykonawca mógł wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia umownego. Jednocześnie zmiana wynagrodzenia i tak nie będzie mogła przekroczyć 5% całkowitego wynagrodzenia umownego.

Mechanizm ten abstrahuje też od realiów rynkowych i tendencji makroekonomicznych, które zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22) stanowią jeden z elementów będących podstawą oceny prawidłowości działań Zamawiającego w tym zakresie.

Proponowany przez Zamawiającego poziom zmiany wynagrodzenia i poziom wahań cen materiałów i kosztów czyni przewidziany mechanizm waloryzacyjny nieefektywnym. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia postępowania, jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. Prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobciążonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022).

Odwołujący wnosił o modyfikację treści SWZ (Dodatek nr 6 Projektowane postanowienia umowy) poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

§ 20 ust. 1 Umowy *„Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości całkowitego wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 1 Umowy w niżej wskazanych przypadkach, jeżeli okoliczności te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę:*

- 1) zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,*
- 2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*
- 3) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,*
- 4) zmiany 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. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572),

5) zmiana umownego wynagrodzenia – maksymalna zmiana nie wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego określonego w § 10 ust. 1 niniejszej umowy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, przy uwzględnieniu jednocześnie warunków:

- początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień zawarcia niniejszej umowy,
- zmiana wynagrodzenia nastąpi procentowo o wartość procentową ustaloną na podstawie zmiany średniej ceny publikowanej w wydawnictwie Sekocenbud na czas wnioskowania o zmianę w stosunku do średniej ceny publikowanej w wydawnictwie Sekocenbud w kwartale, w którym zawarta została niniejsza umowa,
- gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 5%,
- dokonywana maksymalnie jeden raz w półroczu,
- zmiana ceny materiałów lub kosztów wpływa na koszt wykonania zamówienia”

Zarzut nr 3

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, wprowadził m.in. następujące postanowienia regulujące procedurę waloryzacji wynagrodzenia umownego:

„§ 20 ust. 1 Umowy „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości całkowitego wynagrodzenia określonego w § 10 ust. 1 Umowy w niżej wskazanych przypadkach, jeżeli okoliczności te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę:

- 1) zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- 2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- 4) zmiany 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. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572) (...).”

oraz wskazał, że:

§ 20 ust. 5 Umowy „Maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 1-4 jaką dopuszcza Zamawiający wynosi 5% wartości umownej brutto”.

Odwołujący zaznaczył, że art. 436 pkt 4) lit. b ustawy Pzp w przeciwieństwie do mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia określonego w art. 439 ustawy Pzp, nie przewiduje możliwości wskazania przez Zamawiającego maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia umownego wykonawcy w przypadku gdy zmieniają się koszty realizacji zamówienia wynikające ze zmian wprowadzonych w przepisach prawa wskazanych w art. 436 pkt 4) lit. b ustawy Pzp. Wysokość zmian regulowana jest w tym przypadku przez ustawodawcę, a nie przez Zamawiającego w treści umowy. Zamawiający ma obowiązek wprowadzić do umowy o zamówienie publiczne zasady zmiany wynagrodzenia i odpowiednio zmienić wynagrodzenie umowne wykonawcy po wykazaniu przez wykonawcę wpływu tych zmian na koszty realizacji zamówienia, w sposób limitowany przepisami prawa, a nie treścią umowy.

Wprowadzone postanowienia pokazują, że Zamawiający usiłuje przerzucić na wykonawcę szereg ryzyk, które w istotny sposób wpływają na prawidłowe oszacowanie wartości ofert wykonawców, starając się jednocześnie uchylić od prawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. W postępowaniu, również przy sposobie wynagrodzenia jaki wskazał Zamawiający, wykonawcy powinni być w stanie wyliczyć potencjalny koszt związany z ryzykiem zmian w prawie. Należy jednakże wskazać, że na etapie sporządzenia oferty nie jest możliwe takie hipotetyczne wycenienie potencjalnych zmian. Odwołujący nie jest nawet w najmniejszym stopniu choćby wstępnie oszacować ile i jakich zmian może być po zawarciu umowy, i które z nich będą mieć bezpośredni wpływ na wykonanie umowy. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia postępowania, jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert. W tym kontekście Odwołujący powołał się na wyrok Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w orzeczeniu z dnia 11 marca 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 146/21). „

Obowiązki nakładane na wykonawców za pośrednictwem wprowadzonych postanowień umownych dalece wykraczają poza możliwy do wyceny zakres, sugerując odpowiedzialność wykonawcy również za te elementy, które ani pośrednio ani bezpośrednio z udostępnionej dokumentacji nie wynikają, a związane są wprost z czynnikami niezależnymi

od stron. Zgodnie z utartą praktyką orzecniczą i realizacją, wyłącznie elementy możliwe do przewidzenia na podstawie udostępnionej dokumentacji, a nie hipotetycznych przypuszczeń, mogą stanowić maksymalną granicę wyznaczającą zobowiązanie nałożone na wykonawcę. Co więcej, uwzględnienie w dokumentacji postępowania omawianych postanowień daje Zamawiającemu możliwość wykreowania de facto nowych obowiązków, które co istotniejsze – mają być już ujęte w zaoferowanej przez wykonawców cenie. Taka konstrukcja postanowienia umownego świadczy o nadużywaniu przez Zamawiającego jego pozycji dominującej.

Swoboda w kształtowaniu postanowień umowy przez Zamawiającego nie ma charakteru nieograniczonego, jest ograniczona zakresem zmian wprowadzonych

w przepisach prawa. Wprowadzenie przez Zamawiającego postanowienia § 20 ust. 5 Umowy, które ogranicza możliwość zmian wynagrodzenia maksymalnie do wartości 5 % brutto umowy, stanowi wprost naruszenie przepisów ustawy Pzp i wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosil o modyfikację treści SWZ (Dodatek nr 6 Projektowane postanowienia umowy) poprzez usunięcie postanowienia § 20 ust. 5 Umowy.

Zarzut nr 4

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, wprowadził następujące postanowienia regulujące procedurę zmiany umowy i wysokości wynagrodzenia umownego:

§19 ust. 2. „Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany Umowy w trybie przewidzianym w art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w poniższym zakresie oraz po spełnieniu warunków: (...)

e) zmiana umownego wynagrodzenia, a w przypadku zwiększenia wynagrodzenia – o nie więcej niż 15% wynagrodzenia umownego określonego w § 10 ust. 1 niniejszej umowy jeżeli będzie to wynikało z kosztorysu powykonawczego zatwierdzonego przez Inspektora nadzoru i przedstawiciela Zamawiającego, sporządzonego zgodnie z obmiarem wykonanych robót”.

Przedmiotem umowy jest zamówienie realizowane w trybie „zbuduj”. Wykonawca jest zobowiązany do wykonania robót budowlanych zgodnie ze złożoną ofertą. Natomiast oferta przygotowywana i kalkulowana jest na podstawie opracowanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia oraz z uwzględnieniem zakresu prac podanych przez Zamawiającego w przedmiarze robót. Wykonawca jest zobowiązany do wykonania wszystkich robót zawartych w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Jednak to Zamawiający odpowiada za treść przekazanej wykonawcy dokumentacji (przedmiaru robót). Tym samym w przypadku, gdy z dokumentacji (przedmiaru robót) wynika znacznie mniejszy zakres prac (niezbędnych do wykonania robót) niż

z rzeczywistego zakresu wynikającego z obmiaru wykonanych robót, to wykonawca powinien otrzymać wynagrodzenie za rzeczywiście wykonaną pracę (rzeczywiście wykonany zakres robót). Zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy w tym przypadku, nie powinna być ograniczona tak niską wartością wskazaną przez Zamawiającego, tj. zmianą wynagrodzenia o nie więcej niż 15 % wynagrodzenia umownego. W tym przypadku również, wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową odpowiednio koszty ryzyka. Sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia postępowania, jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

Odwołujący wnosil o modyfikację treści SWZ (Dodatek nr 6 Projektowane postanowienia umowy) poprzez usunięcie postanowienia wskazanego w §19 ust. 2 Umowy.

Alternatywnie, w przypadku braku wyrażenia zgody Zamawiającego na powyższe, Odwołujący wnosil o modyfikację treści SWZ (Dodatek nr 6 Projektowane postanowienia umowy) poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

§ 19 ust. 2. „Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmiany Umowy w trybie przewidzianym w art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w poniższym zakresie oraz po spełnieniu warunków: (...)

e) zmiana umownego wynagrodzenia, a w przypadku zwiększenia wynagrodzenia – o nie więcej niż 50% wynagrodzenia umownego określonego w § 10 ust. 1 niniejszej umowy jeżeli będzie to wynikało z kosztorysu powykonawczego zatwierdzonego przez Inspektora nadzoru i przedstawiciela Zamawiającego, sporządzonego zgodnie z obmiarem wykonanych robót”.

Biorąc pod uwagę wszystkie wskazywane okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń,

a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpić.

Odwołujący prawidłowo przedstawił stan faktyczny w odwołaniu i nie zachodziła potrzeba jego ponownego przywoływania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut nr 3 a w pozostałym zakresie wnosił o jego oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu nr 4 odwołania, w pozostałym zakresie potrzymał zarzuty.

Odwołanie podlegało umorzeniu z uwagi na uwzględnienie zarzutu przez Zamawiającego (zarzut nr 3) i wycofaniu zarzutu przez Odwołującego (zarzut nr 4),

co odzwierciedlają punkty 1 i 2 sentencji niniejszego orzeczenia. W pozostałym zakresie odwołanie zostało uwzględnione, co odzwierciedla punkt 3 sentencji niniejszego orzeczenia.

Zarzut nr 1 zasługiwał na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko wyrażone w odwołaniu, że w paragrafie 9 Zamawiający przez określone ukształtowanie zapisów umowy uchyła się od ciężącego na nim, bezwzględneho obowiązku wynikającego z treści art. 647 kodeksu cywilnego, który czyni jednym z podstawowych obowiązków inwestora dokonanie odbioru robót.

Zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) - wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnia świadczenia wystawiane przez inwestora.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtowała się jednolita linia orzecznicza, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych, mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Linie tę prezentują następujące wyroki Sądu Najwyższego: wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07; wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97; wyrok z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90); wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12. Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo przywołane w odwołaniu.

Ujawnienie podczas odbioru nieistotnych wad (usterek), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Przy czym dostrzeżenia wymaga, że przykłady przywołane w odpowiedzi na odwołanie nie wskazują na wystąpienie usterek o nieistotnym charakterze. Oznacza to więc, że Zamawiający błędnie identyfikuje klasyfikację i powagę usterek, uznając, że w przypadku stwierdzenia wad obiektu o istotnym znaczeniu, Zamawiający „zmuszony” będzie niejako do dokonania odbioru, zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy i użytkowania obiektu z wadami. Nic bardziej mylnego. Jeśli wystąpią wady o istotnym znaczeniu dla możliwości korzystania z obiektu, Zamawiającemu przysługuje możliwość przerwania odbioru i skorzystania z uprawnień przysługujących inwestorowi na podstawie zasad kodeksu cywilnego.

Tymczasem Zamawiający niejako z góry zakłada, że przystąpienie do odbioru końcowego może nastąpić, jeżeli wszystkie uchybienia zostaną najpierw usunięte. Ustalenie takich zasad dla całego obiektu w ocenie składu orzekającego Izby nie jest właściwe.

Zdaniem Izby wprowadzenie zapisów proponowanych przez Odwołującego nie spowoduje, że Zamawiający

pozbawiony zostanie możliwości egzekwowania obowiązków nałożonych na wykonawcę, czy też że zapisy te nie zabezpieczają interesów Zamawiającego. Zapisy te nie spowodują również możliwości uchylania się przez wykonawców od należytego wykonania przedmiotu umowy, ponieważ tylko takie wykonanie gwarantuje możliwość uzyskania należnego wynagrodzenia i odbioru przedmiotu umowy. Zamawiający dąży jednak, ustalając treść paragrafu 9 wzoru umowy, do ograniczenia zasad uniemożliwiających inwestorom wymaganie odbioru bezusterkowego. Celem stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa.

Z tych względów Izba, biorąc pod uwagę treść art. 554 ust. 6 ustawy Pzp (*Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści*), nakazała Zamawiającemu modyfikację zapisów wzoru umowy oraz pozostałych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proponowany przez Odwołującego w treści żądania zamieszczonego w odwołaniu, przykładowo:

„§ 9 ust 11. Jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone istotne wady, przy czym za wadę istotną uznaje się właściwość powodującą niemożność używania lub korzystania w pełni lub w części z przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

– gdy wady nadają się do usunięcia, wówczas czynności odbioru zostaną przerwane przez Zamawiającego i wyznaczy on Wykonawcy termin na usunięcie wad,

– gdy wady nie nadają się do usunięcia, wówczas:

a) jeżeli nie utrudniają użytkowania przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem Zamawiający może dokonać odbioru, obniżając odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy,

b) jeżeli uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odmówić odbioru, żądając wykonania umowy po raz drugi lub odstąpić od umowy.

§ 9 ust 12. Żądając usunięcia stwierdzonych istotnych wad lub wykonania umowy po raz drugi, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin. Wykonawca nie może odmówić usunięcia wad lub wykonania umowy po raz drugi bez względu na wysokość związanych z tym kosztów.

§ 9 ust 13 W przypadku nie usunięcia przez Wykonawcę zgłoszonej istotnej wady lub niewykonania umowy po raz drugi w wyznaczonym terminie, Zamawiający może usunąć istotną wadę w zastępstwie i na koszt Wykonawcy, po uprzednim pisemnym jego zawiadomieniu.”

Zarzut nr 2 zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, 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.

Dalej z regulacji ustawowej wynika, że 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 określania 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.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż w art. 439 ustawy Pzp ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby.

Ustawodawca zdecydował, że pewne zmiany natury ekonomicznej, gospodarczej, które mogą mieć miejsce w trakcie wykonywania umowy o zamówienie publiczne zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy mogą mieć wpływ na konieczność zmiany wynagrodzenia przewidzianego w realizowanej umowie.

Wprowadzenie do umowy możliwości wystąpienia takiej zmiany uwarunkowane jest określeniem jej reguł, stosowanie do treści art. 439 ust. 2 ustawy Pzp. Zmiana ma na celu przywrócenie równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która może zostać zachwiana przez różnego rodzaju zdarzenia, mogące wystąpić nawet przy stabilnie

funkcjonującym systemie gospodarczym, a co podyktowane jest zawieraniem kilkuletnich kontraktów. „*Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy* [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, *Zamówienia Publiczne*. Doradca. 2021, nr 9].

Jak wynika z zapisów wzoru umowy przekazanego przez Zamawiającego, ustalił on, że zmiana wynagrodzenia umownego jest możliwa do maksymalnej wysokości nie przekraczającej 5% całkowitego wynagrodzenia umownego, a także uruchomienie procesu waloryzacji nastąpi, gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 20%.

Dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca dopuścił możliwość wprowadzenia do umowy zapisów, z których wynika maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Zatem co do zasady Zamawiający miał możliwość limitowania procentowego, do którego możliwe będzie korzystanie z waloryzacji oraz ustalenie procentu, kiedy proces waloryzacji może zostać uruchomiony. Wyjaśnić więc należało, czy ustalone przez Zamawiającego progi są określone w sposób prawidłowy, zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp, a także zgodnie z zasadami określonymi w kodeksie cywilnym, a odnoszącymi się do zachowania równowagi stron dla stosunków kontraktowych.

Łzba podziela pogląd, że klauzule waloryzacyjne mają służyć dopuszczeniu możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w związku ze zmianami cen materiałów i kosztów następującymi już po dacie zawarcia umowy, których przy dochowaniu należytej staranności nie dało się nawet w przybliżony sposób oszacować i zidentyfikować w momencie składania oferty. Celem wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych nie jest umożliwienie składania wykonawcom ofert z niskimi cenami, nie gwarantującymi pokrycia kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, a następnie dopuszczenie z momentem dnia podpisania umowy składania wniosków o waloryzację wynagrodzenia.

Jednakże sam sposób ustalenia zasad nie może mieć jedynie charakteru formalnego, zaś ustalenie poszczególnych limitów procentowych umożliwiających skorzystanie z waloryzacji powinno nastąpić proporcjonalnie i adekwatnie do przedmiotu zamówienia, czasu obowiązywania umowy i uwzględniać zasady równowagi ekonomicznej stron umowy. Klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp, powinna być nie tylko formalnie zgodna z przepisami, ale także materialnie spójna z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, w tym zasadą proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Z materiału dowodowego przedstawionego przez Odwołującego wynika, co de facto potwierdza materiał *Analiza zmian cen w budownictwie* – złożony wraz z odpowiedzią na odwołanie, że osiągnięcie progu 20% zmian w zakresie cen materiałów lub kosztów nie było w ostatnich latach notowane. Jedynie w 2022 roku wzrost cen wynosił 18,71%, co było spowodowane wystąpieniem okoliczności nadzwyczajnych, jak epidemia Covid oraz wybuch wojny w Ukrainie. Inne lata charakteryzują się wzrostem cen na poziomie 4-5%.

Zatem ustalony przez Zamawiającego próg 20% nie jest możliwy do osiągnięcia.

To zaś oznacza, że z dużym prawdopodobieństwem Wykonawcy nigdy nie będzie przysługiwało uprawnienie do skorzystania z waloryzacji wynagrodzenia. Takie zapisy wzoru umowy nie świadczą o realności ustalonych zasad waloryzacji i czynią możliwość skorzystania z waloryzacji przez wykonawców po prostu iluzoryczną.

Podają analizie wysokość maksymalnego progu wynagrodzenia umownego, do którego nastąpić może waloryzacja wynagrodzenia, Łzba wzięła pod uwagę, że materiały złożone przez Odwołującego wykazują, że progi stosowane przez różnych zamawiających przy budowie obiektów budowlanych przedmiotowo zbliżonych do budowanego przez Zamawiającego uwzględniają znacznie niższy poziom dopuszczający zmianę wynagrodzenia, uwzględniając rzeczywiste prognozy wynikające z przyjętego sposobu przeprowadzania waloryzacji, czy to przy zastosowaniu wskaźników GUS, czy odpowiednich publikatorów, jak w przypadku Zamawiającego – Sekocenbud.

Ze złożonych przez Odwołującego materiałów wynika również, że wskazany przez Zamawiającego próg 5% jest niespotykany w umowach o zamówienia publiczne przy realizacji inwestycji zbliżonych przedmiotowo. Jak wynika ze złożonego zestawienia próg ten kształtuje się od 6% nawet do 50%. Zamawiający ustalając tak niski próg próbuje całością ryzyka kontraktowego obciążyć jedną stronę umowy, podczas gdy, nawet w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, konieczne jest dążenie do osiągnięcia równowagi stron stosunku umownego.

Izba uważa, że zaproponowany przez Odwołującego sposób zmian wzoru umowy jest wystarczający do urealnienia zasad waloryzacji w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też nakazano Zamawiającemu zmianę zapisów z uwzględnieniem, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego nie może być wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego. Izba nakazała również zmianę zapisów umowy, z których wynika, że zmiana wynagrodzenia nastąpi procentowo o wartość procentową ustaloną według podanych reguł, gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 5%. W obliczu znacznych wahań wskaźników makroekonomicznych, w tym inflacji urealnienie wysokości dopuszczającej możliwość waloryzacji jest konieczne.

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie waloryzacyjnych postanowień umownych w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty, a jednocześnie ustalone zasady nie naruszały istotnych interesów drugiej strony umowy. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu w przypadku ustalenia zasad waloryzacji wynagrodzenia doszło do tego rodzaju naruszeń, a Zamawiający przekroczył przysługujące mu uprawnienia, czyniąc ze swego prawa użytku, który można uznać za sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego.

Przewodnicząca:

.....