

Sygn. akt: KIO 3322/23

**WYROK**  
**z dnia 24 listopada 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie**

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 2. *petitum* odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: KIO 3322/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usługi sprzątnięcia i utrzymania czystości pomieszczeń, dróg i chodników oraz pielęgnacji zieleni na terenie PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Elektrociepłownia w Gorzowie Wielkopolskim* (znak postępowania: POST/PEC/PEC/UZK/00950/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2023 r. pod numerem nr 2023/S 208-654551.

W dniu 6 listopada 2023 r. wykonawca Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie wobec postanowień dokumentów zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów;
2. art. 433 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 8 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści projektu umowy postanowień umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Odnosnie zarzutu wskazanego w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący podniósł, że w jego ocenie postanowienia projektu umowy naruszają przepis art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący przywołał Załącznika nr 2 – projekt umowy w § 4 ust. 4.8 pkt 4.8.4. Wskazał, że na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający zaniechał prawidłowego opisanie w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy w zakresie wskazania realistycznego wzrostu poziomu wskaźnika.

Uzasadniał, że w § 4 ust. 4.8 pkt 4.8.4 lit. a projektu umowy zapisano, iż zmiany mogą nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od Daty Wejścia w Życie, tj. pierwsza waloryzacja wynagrodzenia jest możliwa po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Aktualnie obserwowana dynamika zmiany cen oraz nadal wysoka inflacja i związane z tym konsekwencje uniemożliwiają Wykonawcy odpowiednie skalkulowanie oferty. Nie sposób przewidzieć jak będą kształtować się ceny usług czy towarów za 3 miesiące o 12 miesiącach nie wspominając. Z uwagi na powyższe w ocenie Odwołującego pierwsza waloryzacja powinna być możliwa po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Wówczas interes ekonomiczny obu stron będzie o wiele lepiej zabezpieczony. Dodatkowo, takie rozwiązanie w większym stopniu zabezpiecza prawidłowe wykonanie umowy. Trudno oczekiwać, aby umowa miałaby być wykonywana przez wykonawcę, który z tego tytułu ponosi coraz większe straty ekonomiczne.

Odwołujący przywołał brzmienie § 4 ust. 4.8 pkt 4.8.4 lit. c projektu umowy i uzasadniał, że zaproponowany przez Zamawiającego poziom zmiany cen materiałów lub kosztów na poziomie co najmniej 10% jest zbyt wysoki. Bardziej adekwatnym i spełniającym swoją rolę byłby poziom 2-3%. Ustanowienie 10% poziomu w zasadzie przekreśli możliwość skorzystania przez Odwołującego z procedury waloryzacji wynagrodzenia. Należy wyraźnie wskazać, iż Zamawiający ustalając warunki, od których spełnienia uzależniona jest waloryzacja, powinny być tak sformułowane aby ich spełnienie było realnie możliwe.

W przeciwnym wypadku zapisy waloryzacyjne mają jedynie charakter pozorny i nie spełniają swojej funkcji. Takie działania, w ocenie Odwołującego, powinny być stanowczo niedopuszczalne.

Dodatkowo Odwołujący wniósł o usunięcie z § 4 ust. 4.8 pkt 4.8.4 lit. c drugiego tiretu – „- powodować zmianę wartości całkowitego Wynagrodzenia Umownego o co najmniej 5% w stosunku do jego dotychczasowej wartości;” Umieszczanie kolejnych warunków warunkujących możliwość złożenia wniosku waloryzacyjnego należy uznać za zbyt daleko idące. Zamawiający ustalając wysokie poziomy konkretnych warunków oraz wprowadzając do projektu umowy kolejne warunki, które musi spełnić/wykazać wykonawca, doprowadza do sytuacji, w której możliwość skorzystania z waloryzacji będzie jedynie hipotetyczna.

Kolejnym zapisem projektu umowy, na który należy zwrócić uwagę jest § 4 ust. 4.8 pkt 4.8.4 lit. d. W zapisie tym Zamawiający gwarantuje zmianę wynagrodzenia jedynie na poziomie odpowiadającym 1/2 wartości zmiany wskaźnika. Przyjęta przez Zamawiającego reguła wpisuje się niejako w model zasad waloryzacyjnych, który co do zasady nie spełnia swojej funkcji. W pierwszej kolejności Zamawiający ustala wysokie progi umożliwiające złożenie wniosku o zmianę wynagrodzenia, a następnie deklaruje zmianę wynagrodzenia jedynie w połowie. Przedstawione powyżej reguły nie sposób uznać za sprawiedliwe

i spełniające swoją funkcję, którą jest ochrona interesu wykonawcy oraz zabezpieczenia dalszego prawidłowego wykonywania umowy. Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł

o wykreślenie z projektu umowy ww. ograniczenia i wpisanie waloryzacji w wysokości odpowiadającej całkowitej zmianie wskaźnika, o którym mowa w § 4 ust. 4.8 pkt 4.8.4 lit. d.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu wadliwe określenie częstotliwości waloryzacji – por. § 4 ust. 4.8 pkt 4.8.4 lit. e - e) *Zmiana nie może występować wcześniej niż 12 miesięcy od ostatniej zmiany Wynagrodzenia Umownego spowodowanej zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy;* Odwołujący stwierdził, że z uwagi na przywołane powyżej okoliczności dotyczące zapisów waloryzacyjnych umieszczonych przez Zamawiającego w projekcie umowy, zmiany wymaga również § 4 ust. 4.8 pkt 4.8.4 lit. e. Według Odwołującego należy przyjąć okres półroczny jako podstawę oceny wniosku waloryzacyjnego, nie zaś okres 12 miesięcy. Niezbędne to jest z uwagi na nieprzewidywalną dynamikę zmian cen usług i materiałów. W ocenie Odwołującego tak określony termin po upływie którego będzie możliwość złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia w sposób istotny ogranicza Wykonawcy uprawnienie, aby ubiegać się o realną waloryzację wynagrodzenia umownego.

Odwołujący wskazał, iż w związku z istotnym wzrostem inflacji na poziomie dwucyfrowym - wprowadzenie przez Zamawiającego takich zasad i warunków narusza istotę przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych i de facto prowadzi do obejścia tego przepisu przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż przy tak dużej obecnie dynamice zmian sytuacji gospodarczej konkretne stawki kosztów lub cen materiałów już po upływie kwartału funkcjonowania umowy w sprawie zamówienia publicznego mają charakter wyłącznie archiwalno-historyczny, gdyż nie uwzględniają aktualnie obowiązujących wartości świadczenia Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego zasady zaproponowane przez Zamawiającego są nieadekwatne do aktualnej sytuacji gospodarczej i nie prowadzą do rzeczywistej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Podkreślić należy, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na wysokość wskaźników GUS. Wykonawcy nie mają również wiedzy przy kalkulowaniu ceny oferty na temat planowanej wysokości zmian w/w wskaźników, aby właściwie ocenić i uwzględnić ryzyko tych zmian w cenie oferty.

Odwołujący podkreślał, że przepis art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący (ius cogens), co oznacza, iż polski ustawodawca nie przewidział dla Zamawiającego podstaw prawnych, aby w projekcie umowy Zamawiający mógł samodzielnie dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń stosowania dyspozycji przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych.

W myśl przepisu art. 439 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający jest obowiązany do wprowadzenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych. Odwołujący podkreślał, że podczas prac nad przepisami nowej ustawy prawo zamówień publicznych wielokrotnie wskazywano, że przepisy tej ustawy mają przede wszystkim na celu wprowadzenie regulacji, która będzie zmierzała do lepszego wyważenia interesów stron umowy o zamówienie publiczne. Narzędziami, które miały temu służyć, są postanowienia dotyczące umów

o zamówienie publiczne, w szczególności przepis określający obowiązkowe klauzule umowne, przepis art. 433 pzp,

wprowadzający do pzp klauzule niedozwolone, czy art. 439 Pzp dotyczący obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca wszystkie ryzyka na wykonawców, gdyż to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty. Zamawiający zaś nie ponosi żadnego ryzyka takiego działania, gdyż zawierając umowę w konkretnym roku, niejako gwarantuje sobie stawki świadczenia usług po cenach z tegoż roku, bez uwzględnienia

w kolejnych latach obowiązywania umowy ryzyka zmian oraz inflacji, czy innych wahań na rynku, który jest bardzo podatny na wszelkie zmiany w światowej gospodarce.

Odwołujący powołał się na stanowisko zawarte w Komentarzu do Pzp autorstwa pracowników Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące art. 439.

Uzasadniał, iż naczelną zasadą przy budowaniu klauzul waloryzacyjnych powinno być uczciwe uprzedzenie Wykonawców już w treści umowy, o zamiarze waloryzacji wartości świadczenia i wskazanie już przy jej negocjowaniu – według jakich kryteriów będzie to następowało. Zamawiający winien stworzyć taki mechanizm, który obu stronom da pewność, co do czynników, które mogą mieć wpływ na zmianę wartości świadczenia i które dzięki temu nie będą zarzewiem sporu. W dzisiejszych realiach poziom inflacji zmienia się bardzo dynamicznie i osiąga rekordowe wielkości, jeśli chodzi o wzrost cen, co sprawia, iż gwarancja rentowności kontraktu zależy w dużej mierze od jasno określonych warunków waloryzacji wynagrodzenia. Potencjalny wykonawca pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia przy tak szybko galopującym wzroście cen mógłby bowiem ponieść stratę, pomimo rzetelnej kalkulacji cen w momencie składania oferty.

Takie działanie sprzeciwia się ustawie, a co za tym idzie - zasada swobody umów

w tym zakresie ulega ograniczeniu w oparciu o art. 3531 KC. Swoboda kształtowania postanowień umowy ulega ograniczeniom wynikającym z ustawy. „Ustawowe ograniczenie zasady swobody umów należy wiązać z przepisami ustawowymi o charakterze bezwzględnie obowiązującym (ius cogens)”. Takim przepisem jest art. 439 Pzp, gdyż Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy, niż 12 miesięcy oraz dokonania waloryzacji wynagrodzenia. A co za tym idzie, postanowienia kształtujące zobowiązania umowne w sposób sprzeczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 pzp nie powinny mieć racji bytu.

Takie działanie zamawiającego przeczy także zasadzie współdziałania Zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia publicznego, jaką wprowadzono do pzp na mocy art. 431 pzp. Podstawowym obowiązkiem umownym Zamawiającego

w przypadku przedmiotowego zamówienia jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane usługi.

Odwołujący przywołał poglądy doktryny dotyczące zasady współdziałania oraz waloryzacji.

Konkludując wskazał, że Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący obejście przepisów art. 439 ust. 1 pzp, a co za tym idzie - postanowienia umowy w takim brzmieniu nie powinny być akceptowane i powinny ulec zmianie. Odwołujący wniósł o zmianę postanowień umowy, w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku

o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost cen materiałów lub kosztów w stosunku do cen/kosztów, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił, że ostatnie lata dla polskich przedsiębiorstw były ogromnym wyzwaniem – pandemia, wybuch wojny w Ukrainie, wysoka inflacja, przerwane łańcuchy dostaw i niestabilna sytuacja gospodarcza. W szczególności lata 2022-2023 w Polsce to okres rosnącej inflacji, spowolnienia gospodarczego i niepewności geopolitycznej. Dla 77% przedsiębiorców największym wyzwaniem ostatnich lat była inflacja, z czego 44% oceniło jej wpływ jako „bardzo duży”. Na drugim miejscu wśród najczęściej wspominanych wyzwań był wzrost kosztów pracy – ich wpływ odczuło 70% firm. Ten sam odsetek badanych wskazał również na koszty paliw jako kluczowy czynnik wpływający na kondycję ich przedsiębiorstwa. Przedstawił w tabeli dane wskazujące na istotny wzrost inflacji w roku 2022 – gdzie wyniosła ona 14,4% rok do roku. W 2023 r. inflacja nadal utrzymuje się na bardzo wysokim poziomie – gdzie w lipcu wyniosła 10,8% w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego - który był rokiem rekordowej inflacji. Gwałtowny wzrost inflacji, największy od 21 lat, przekłada się na zwiększenie ponoszonych kosztów prowadzonej przez nas działalności gospodarczej. Koszty prowadzenia biznesu wzrastają w sposób skokowy. Obserwujemy gwałtowny wzrost kosztów pośrednich. Na skutek rosnących stóp procentowych, wzrastają także koszty obsługi finansowej. Ta niekorzystna sytuacja dotyczy w szczególności firm

z branż tzw. „usług prostych” opartych głównie na pracy pracowników z wynagrodzeniami zbliżonymi do płacy minimalnej. W przypadku Grupy Kapitałowej Impel - usługi sprzątrania oraz ochrony generują ok. 70% całkowitych przychodów – tak więc te grupy produktowe mają decydujący wpływ na efektywność całej Grupy. Jeśli chodzi o strukturę kosztów bezpośrednich tych usług, to główną grupą kosztów są wynagrodzenia z narzutami – które stanowią ponad 80% w przypadku usług sprzątrania i ponad 90% w przypadku usług ochrony. Pozostałe koszty bezpośrednio to głównie materiały chemiczne, higieniczne, transport oraz czynniki energetyczne (gaz, energia elektryczna). Realizacja wprowadzanych zmian legislacyjnych dot. zmiany minimalnego wynagrodzenia, który zgodnie z literą prawa nastąpił w roku 2023 aż dwukrotnie, docelowo do kwoty 3.600 zł, co spowodowało wzrost tych kosztów o ponad 19%. Powoduje to również analogiczną presję płacową na pozostałej części funduszu wynagrodzeń.

Na rok 2024 przewidziane są kolejne zmiany minimalnego wynagrodzenia – od stycznia 2024r. do kwoty 4.242 zł. a od lipca 2024 do kwoty 4.300 zł. - czyli o kolejne 19,5%. Płaca minimalna która ma obowiązywać od lipca 2024r. będzie wyższa od tego wynagrodzenia z roku 2020 o 1.500 zł. czyli wzrost wyniesie 54% - a jak wspomniano wcześniej w naszych głównych usługach koszty wynagrodzeń wynoszą od 80% do 90% kosztów bezpośrednich. Ta sytuacja wskazuje na konieczność waloryzowania wynagrodzeń wykonawcy na poziomie pozwalającym nie tylko na pokrycie rosnących kosztów ale co najmniej na poziomie pozwalającym na utrzymanie rentowności biznesu. Analitycy przewidują kolejne podwyżki a rosnące ceny są zupełnie od nas niezależne. Podkreślają to także jednostki rządowe, np. Prokuratura Generalna czyli jednostka organizacyjna powołana do zapewniania ochrony prawnej interesów Rzeczypospolitej Polskiej.

Wysoka inflacja bardzo niekorzystnie przekłada się na kondycję finansową naszego przedsiębiorstwa a spadająca rentowność biznesu nie tylko zmniejsza nasze możliwości rozwojowe ale wręcz stwarza zagrożenia dla sprawnego funkcjonowania. Z roku na rok utrzymanie biznesu związanego z prowadzeniem prac porządkowych czy usług ochrony jest trudniejsze. Droższa chemia i akcesoria do sprzątrania, wzrost cen czynników energetycznych, transportu, ale też wzrost kosztów pośrednich. W tabeli Odwołujący przedstawił dane za okres I-szy kw 2022 – II-gi kw 2023 dla usług porządkowo czystościowych. Dane wskazują że koszty bezpośrednie w omawianym okresie wzrosły - największy wzrost procentowy dotyczył materiałów higienicznych – o 55%, worki foliowe o 37% natomiast robocizna – udział to 88,4% - koszty wzrosły o 16%. Łącznie koszty bezpośrednie wzrosły o 17,4%. Odwołujący przedstawił w tabeli dane za okres I-szy kw 2022 – II-gi kw2023 dla usług ochrony. Dane wskazują że koszty bezpośrednie w omawianym okresie wzrosły - największy wzrost procentowy dotyczył lokalizacji oraz kosztów pozostałych – o 22%, natomiast robocizna – udział to 96,7% - koszty wzrosły o 16%. Łącznie koszty bezpośrednie wzrosły o 16% .

Podsumowując - kluczowe czynniki ekonomiczne: • systematyczne podwyżki płacy minimalnej i stawki godzinowej (presja płacowa) • niska stopa bezrobocia i ograniczona dostępność kandydatów do pracy • obciążenia wynikające z nowo wprowadzanych przepisów • trudna sytuacja rynkowa wynikająca z wysokiej inflacji • wzrost kosztów zakupu środków i artykułów niezbędnych do realizacji usług • ograniczona dostępność sprzętu ochronnego spowodowane wojną na Ukrainie • znaczne podwyżki cen paliw, energii elektrycznej, gazu. Czynniki te są obiektywnymi przesłankami które determinują konieczność waloryzacji wynagrodzeń wykonawcy – na takim poziomie który zapewni zachowanie zdolności do efektywnego funkcjonowania na rynku.

## **ŻĄDANIE**

Odwołujący wniósł o wprowadzenie do projektu umowy następujących postanowień (por. § 4 ust. 4.8 pkt 4.8.4, lit. a, lit. c, lit. d i lit. e) zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

*„4.8.4 W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, zmiana wysokości stawek lub cen określonych w Umowie lub Wynagrodzenia Umownego nastąpi na podstawie art. 439 Ustawy PZP, zgodnie z poniższymi zasadami:*

*a) zmiany mogą nastąpić nie wcześniej niż po upływie **6 miesięcy** od Daty Wejścia w Życie;*

*b) (.....);*

*c) Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany Wynagrodzenia Umownego musi:*

*- wynosić co najmniej **2%** w stosunku do stawek lub cen określonych w Umowie, a jeśli stawki lub ceny nie zostały określone w Umowie – w stosunku do stawek lub cen przyjętych przez Wykonawcę w celu ustalenia Wynagrodzenia Umownego, a w przypadku dokonywania kolejnej zmiany Wynagrodzenia Umownego - w stosunku do stawek lub cen przyjętych przy wprowadzeniu poprzedniej zmiany Wynagrodzenia Umownego,;*

*d) zmiana zostanie dokonana z użyciem wskaźnika - zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/> w zakładce „Opracowania sygnałne”, podzakładka „Informacje sygnałne”, w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisująca zmianę cen w stosunku do cen w analogicznym miesiącu poprzedniego roku kalendarzowego. Zgodnie z powyższym stawki lub ceny określone w Umowie lub Wynagrodzenie Umowne, **zmieni się o wartość powyżej***

**opisanego wskaźnika,**

z zastrzeżeniem zapisów pkt 4.8.4 lit. c). Zmiana dotyczyć będzie prac wykonywanych od dnia, w którym Strony zgodnie z niniejszymi zasadami wprowadzą zmianę Wynagrodzenia Umownego w formie aneksu;

e) **Zmiana nie może występować wcześniej niż 6 miesięcy od ostatniej zmiany Wynagrodzenia Umownego spowodowanej zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy;**

f) (.....);

g) Nie dotyczy

h) (.....);

i) (.....).”

Następnie Odwołujący przedstawił argumentację dotyczącą zarzutu, o którym mowa w punkcie 2. *petitum* odwołania.

Zamawiający w dniu 21 listopada 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzut zawarty w punkcie 2. *petitum* odwołania. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

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

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

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

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 listopada 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Projekt umowy w sprawie zamówienia stanowił załącznik nr 2 do SWZ.

Zgodnie z § 1 pkt 1.1. umowy:

„Data Wejścia w Życie” - oznacza datę złożenia podpisu przez Zamawiającego. W sytuacji, gdy umowa podpisywana jest przez więcej niż jedną osobę działającą w imieniu Zamawiającego, Datą Wejścia w Życie jest data złożenia ostatniego z podpisów składanych przez osoby działające w imieniu Zamawiającego.

Zgodnie z § 4 ust. 4.6. umowy: Stawki lub ceny, o których mowa w ust. 4.2 ulegną zmianie na mocy pisemnego aneksu zawartego pomiędzy Stronami w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 436 pkt. 4 lit. b) lub art. 439 ust.

1 Ustawy PZP, tj. w przypadku zmiany:

4.6.1. stawki podatku VAT lub podatku akcyzowego,

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

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

4.6.4. zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych,

o których mowa w o pracowniczych planach kapitałowych,

4.6.5. cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zgodnie z § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. umowy: W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, zmiana wysokości stawek lub cen określonych w Umowie lub Wynagrodzenia Umownego nastąpi na podstawie art. 439 Ustawy PZP, zgodnie z poniższymi zasadami:

a) zmiany mogą nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od Daty Wejścia w Życie;

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

c) Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany Wynagrodzenia Umownego musi:

- wynosić co najmniej 10% w stosunku do stawek lub cen określonych w Umowie, a jeśli stawki lub ceny nie zostały określone w Umowie – w stosunku do stawek lub cen przyjętych przez Wykonawcę w celu ustalenia Wynagrodzenia Umownego, a w przypadku dokonywania kolejnej zmiany Wynagrodzenia Umownego - w stosunku do stawek lub cen

przyjętych przy wprowadzeniu poprzedniej zmiany Wynagrodzenia Umownego,

- powodować zmianę wartości całkowitego Wynagrodzenia Umownego o co najmniej 5% w stosunku do jego dotychczasowej wartości;

d) zmiana zostanie dokonana z użyciem wskaźnika - zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/> w zakładce „Opracowania sygnałne”, podzakładka „Informacje sygnałne”, w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisująca zmianę cen w stosunku do cen w analogicznym miesiącu poprzedniego roku kalendarzowego. Zgodnie z powyższym stawki lub ceny określone w Umowie lub Wynagrodzenie Umowne, zmieni się o ½ wartości powyżej opisanego wskaźnika,

z zastrzeżeniem zapisów pkt 4.8.4 lit. c). Zmiana dotyczyć będzie prac wykonywanych od dnia, w którym Strony zgodnie z niniejszymi zasadami wprowadzą zmianę Wynagrodzenia Umownego w formie aneksu;

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

f) Wszystkie zmiany, o których mowa w pkt 4.8.4 Umowy nie mogą powodować wzrostu Wynagrodzenia Umownego o więcej niż 10% Wynagrodzenia Umownego wskazanego

w ust. 4.1 w pierwotnej treści Umowy;

g) Nie dotyczy

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

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

Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z pkt 4.8.4 Umowy, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującym Podwykonawcom, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania Podwykonawców, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- przedmiotem Umowy o Podwykonawstwo są roboty budowlane lub usługi;
- okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 listopada 2023 r. oświadczył, iż uwzględni zarzut zawarty w punkcie 2. *petitum* odwołania. Mając na uwadze złożone przez Zamawiającego oświadczenie oraz brak zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w ww. zakresie podlega umorzeniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że w pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutu należy wskazać, iż:

– 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;

– zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, w umowie określa się: 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odwołania 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;

–zgodnie z art. 439 ust. 4 ustawy Pzp, przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia zawartego w ofercie.

Wskazać należy, iż przepis art. 439 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza obowiązek określenia w umowie o zamówienie publiczne, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W art. 439 ust. 2 ustawy Pzp zostały z kolei określone obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej.

W ramach wytycznych zawartych w tym przepisie zamawiający może swobodnie kształtować postanowienia waloryzacyjne.

Niewątpliwie klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Podkreślić należy, iż wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu (tak KIO w wyroku z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt: KIO 2335/21). Jednocześnie należy sformułowana klauzula waloryzacyjna sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie jak wynika z treści art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Podkreślić należy, że przepis ma charakter ogólny stanowiąc, że „określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia” bez wskazania, czy chodzi o wartość „w górę”, tj. wartość o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone, czy o wartość „w dół”, tj. wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zmniejszone. Wobec tego wnioskować należy, że celem przepisu jest określenie limitów „maksymalnych” zmian wynagrodzenia w obie strony, celem zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron.

Tytułem wstępu w ocenie Izby zasadne jest przedstawienie uwag natury ogólnej.

Izba wskazuje, że odwołania dotyczące postanowień SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Legalność jest jedynym kryterium oceny stosowanym przez Izbę w postępowaniu odwoławczym.

Ponadto w przypadku odwołań na treść SWZ należy jeszcze zwrócić uwagę na dwie istotne kwestie. Po pierwsze na wagę, jaką dla wyniku postępowania ma sposób skonstruowania podstaw faktycznych stawianych zarzutów. Wskazać należy, iż to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Kluczowa jest przede wszystkim podstawa faktyczna, która powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczyć mają o tym, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp – Odwołujący powinien więc przedstawić argumentację, dlaczego dane wymaganie narusza przywołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Nie jest zatem wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji, dlaczego dane okoliczności świadczyć mają o naruszeniu przepisów prawa. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, na co wskazuje art. 555 ustawy Pzp. Konsekwencją powyższego jest fakt, iż rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania, na późniejszym etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym, a tak podniesiona argumentacja nie może stanowić dla Izby podstawy rozstrzygnięcia.

Po drugie podnieść należy, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia winien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SWZ. Podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań odwołującego, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania. Zadaniem Odwołującego jest także wyjaśnienie, dlaczego postulowana zmiana SWZ prowadzić będzie do konwalidacji czynności, której wadliwość została w odwołaniu zakwestionowana. Precyzyjnie

postawione przez Odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim żądania wykonawcy wyznaczają zatem granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę.

Wskazać należy, iż istotą postawionego zarzutu było wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie zostało wykazane naruszenie przepisów ustawy Pzp podnoszonych przez Odwołującego. Przede wszystkim podkreślić należy, iż Odwołujący poprzestał na ogólnych twierdzeniach oraz wybiórczej analizie warunków umowy oraz przepisów prawa. Odwołujący, który kwestionował postanowienia umowy dotyczące klauzuli waloryzacyjnej nie przedstawił w odwołaniu żadnych miarodajnych wyliczeń, czy też symulacji, które pozwoliłyby uznać, że skonstruowana przez Zamawiającego klauzula ma charakter pozorny, czy też że podjęcie się realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego wiązałoby się obiektywnie dla każdego wykonawcy z tak istotnym ryzykiem, że wyłączałoby ono ekonomiczną celowość ubiegania się o zamówienie. Dopiero w toku rozprawy Odwołujący podjął próbę wykazania, że postanowienia § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. c umowy czynią sporną klauzulę, przy określonych założeniach kalkulacyjnych, nierealną. Argumentację Odwołującego w tym zakresie należało uznać za spóźnioną. To we wniesionym środku ochrony prawnej Odwołujący powinien przedstawić rzeczową argumentację na poparcie zarzucanych naruszeń przepisów ustawy Pzp, tak aby umożliwić Zamawiającemu jej analizę oraz podjęcie ewentualnej decyzji o uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Odnosząc się kolejno do kwestionowanych przez Odwołującego postanowień projektu umowy Izba wskazuje, że za nieuzasadnione uznała stanowisko Odwołującego dotyczące zmiany określonego w § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. a umowy 12 - miesięcznego wskaźnika waloryzacyjnego na 6 – miesięczny. Posłużenie się 12 - miesięcznym wskaźnikiem jest zgodne z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz adekwatne do 3 - letniego terminu wykonania zamówienia. Przyjęcie proponowanego przez Odwołującego 6 – miesięcznego wskaźnika waloryzacji, wbrew twierdzeniom Wykonawcy, nie ma umocowania w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazany przepis dotyczy jedynie obowiązku przewidzenia

w umowie o zamówienie publiczne zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż podnoszone przez Odwołującego w toku rozprawy wątpliwości dotyczące rozumienia określenia „od Daty Wejścia w Życie” nie zostały zakwestionowane w odwołaniu. Nie mogły zatem stanowić podstawy rozstrzygnięcia Izby. Jedynie dodatkowo wskazać należy, iż Odwołujący na str. 4 odwołania stwierdził, że w świetle § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. a umowy „*pierwsza waloryzacja wynagrodzenia jest możliwa po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy*”, co oznacza, iż nie miał problemu z interpretacją określenia „od Daty Wejścia w Życie”. Definicja ww. pojęcia wynika zresztą z § 1 pkt 1.1. umowy.

Co do postanowienia, o którym mowa w § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. c umowy dotyczącego 10% progu zmiany cen materiałów lub kosztów w stosunku do stawek lub cen określonych w umowie, a jeśli stawki lub ceny nie zostały określone w umowie – w stosunku do stawek lub cen przyjętych przez wykonawcę w celu ustalenia wynagrodzenia umownego, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wskazać należy, iż Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego uważał, że określony przez Zamawiającego próg na poziomie 10% jest zbyt wysoki oraz przekreślił możliwość skorzystania z procedury waloryzacji wynagrodzenia. Nie przedstawił żadnych okoliczności pozwalających uznać, że bardziej adekwatny byłby próg na poziomie 2-3% (w żądaniu domagał się określenia progu 2%). Z kolei jak słusznie zauważył Zamawiający, proponowany przez Odwołującego próg, o którym mowa w § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. c *tiret* pierwsze, jest na poziomie niższym niż zakładany przez NBP cel inflacyjny.

W zakresie postanowienia określonego § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. c umowy dotyczącego wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na zmianę wartości całkowitego wynagrodzenia umownego o co najmniej 5% w stosunku do dotychczasowej wartości zauważyć należy, iż we wniesionym odwołaniu Wykonawca poprzestał na stwierdzeniu, że „*Umieszczenie kolejnych warunków warunkujących możliwość złożenia wniosku waloryzacyjnego należy uznać za zbyt daleko idące. Zamawiający ustalając wysokie poziomy konkretnych warunków oraz wprowadzając do projektu umowy kolejne warunki, które musi spełnić/wykazać wykonawca, doprowadza do sytuacji, w której możliwość skorzystania z waloryzacji będzie jedynie hipotetyczna*”. Stanowisko Odwołującego należy uznać za ogólne i pozbawione konkretów. Odwołujący nie podał rzeczowych argumentów uzasadniających wykreślenie ww. postanowienia umownego.

Warto również zauważyć, iż obniżenie progu, o którym mowa w § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. c *tiret* pierwsze umowy do postulowanego przez Odwołującego (2%) oraz wykreślenie § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. c *tiret* drugie umowy w istocie

prowadziłoby do konieczności waloryzacji wynagrodzenia umownego niemalże w przypadku każdej zmiany cen materiałów lub kosztów. Podkreślić należy, iż nie jest celem klauzuli waloryzacyjnej zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku każdej zmiany warunków umowy, nawet mało istotnej i rekompensata pełnej wysokości zmiany cen rynkowych. Co istotne, w umowach

o zamówienie publiczne, których przedmiotem są usługi sprzątnia kluczowym elementem cenotwórczym są koszty pracy kształtujące się – zdaniem Odwołującego - na poziomie ok. 80%, których waloryzacja została przewidziana w § 4 ust. 4.6 umowy. Oznacza to, że udział pozostałych kosztów w cenie oferty, w tym akcentowanych przez Wykonawcę kosztów materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, nie jest znaczny.

Podobnie za nieuzasadnione Izba uznała zarzuty dotyczące niedopuszczalności wymogu, o którym mowa w § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. d umowy gwarantującego zmianę wynagrodzenia na poziomie odpowiadającym ½ wartości wskaźnika zmiany cen towarów

i usług konsumpcyjnych publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego i związane z tym żądanie określenia waloryzacji w wysokości odpowiadającej pełnej zmianie wskaźnika, o którym mowa w ww. postanowieniu. W ocenie Izby Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego przyjęta przez Zamawiającego proporcja w zakresie stwierzonego wzrostu cen mających wpływ na wykonanie umowy, wskazująca na równy podział ryzyka między stronami umowy, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Z kolei proponowana przez Odwołującego zmiana ww. postanowienia umownego prowadziłoby do przeniesienia całego ryzyka związanego ze wzrostem cen na Zamawiającego.

Nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp postanowienie, o którym mowa w § 4 ust. 4.8. pkt 4.8.4. lit. e umowy wskazujące, iż zmiana wynagrodzenia nie może występować wcześniej niż 12 miesięcy od ostatniej zmiany wynagrodzenia umownego spowodowanej zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienie jest zgodne z brzmieniem art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że w umowie określa się sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, jak również adekwatne do 3-letniego okresu realizacji zamówienia.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej zaszłości na rynku gospodarczym zmian w okresie kilku ostatnich lat wskazać należy, iż wszystkie informacje,

a w szczególności informacje odnoszące się do poziomu inflacji czy też podnoszenia stóp procentowych przez Radę Polityki Pieniężnej, jak również informacje wzrostu kosztów związanych z zatrudnieniem i wynagrodzeniem pracowników dają wykonawcy podstawę do szacowania wartości złożonej oferty, z uwzględnieniem doświadczeń wykonawcy. Wskazać należy, iż cena oferty złożonej w postępowaniu winna być urealniona i obejmować wszystkie koszty, a nie stanowić kosztu na dzień złożenia oferty, który następnie podlegałby waloryzacji. Posiadając dane jakimi wykazuje się w uzasadnieniu odwołania Odwołujący, ma on możliwość takiego urealnienia ceny składanej oferty, która będzie odpowiadała co najmniej uwzględnieniu tych informacji w szacowaniu kosztów pracy oraz materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Podkreślić należy, iż cena oferty nie jest odwzorowaniem cen jakie obowiązują w danym okresie, ale ma ona odnosić się do całego okresu realizacji umowy. Przyjęcie łącznej wartości korekty na określonym poziomie nie ma zastępować należytej kalkulacji wartości oferty, ale gwarantować wykonawcy w przypadku gwałtownych zmian cen, możliwość zmiany wynagrodzenia.

Konkludując, Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż całościowa analiza proponowanych w odwołaniu postanowień projektu umowy dotyczących klauzuli waloryzacyjnej prowadziła do wniosku, że Odwołujący dążył w istocie do korzystniejszego dla siebie ukształtowania postanowień projektu umowy. Uczynienie zadość żądaniom Odwołującego doprowadziłoby do nieuzasadnionej ingerencji w równowagę ekonomiczną stron umowy ukształtowaną przez Zamawiającego przez prawie zupełne wyłączenie ryzyka wykonawcy i przerzucenie ryzyka związanego ze zmianą cen lub kosztów wykonania umowy niemal w całości na Zamawiającego.

Tym samym, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, nie zachodziły podstawy nakazania Zamawiającemu zmiany projektowanych postanowień umowy. Zarzuty naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp podlegały oddaleniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....