

WYROK

z dnia 28 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Andrewex Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Cierpicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu numerami: I, II, III, IV i V oraz VII odwołania;
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem VIII i nakazuje zamawiającemu: dokonanie zmian Umowy w taki sposób, aby:
 - 2.1. w miejsce 5 % jako górnej granicy zmiany wynagrodzenia wykonawcy została wprowadzona granica zmiany wynagrodzenia wykonawcy na poziomie 15 %;
 - 2.2. waloryzacja wynagrodzenia miała miejsce w oparciu o wskaźnik półroczny, w oparciu o wskaźnik opublikowany przed złożeniem wniosku o waloryzację;
 - 2.3. waloryzacja nie była uwarunkowana dodatkowymi wymogami, w szczególności koniecznością przedstawienia dowodów potwierdzających zasadność złożenia takiego wniosku;
3. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Instytut Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie i odwołującego Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie każdego w 1/2 części, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Instytutu Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie kwotę 8 070 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy siedemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie kwoty 5 000,00 zł. 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej nadpłacony wpis od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Instytut Biochemii i Biofizyki Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego

pn. „Dostawa konstrukcji budynku głównego stacji im. H. Arctowskiego wraz z montażem”, nr postępowania BG-ARCTOWSKI PNU 10 23; (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 210-661135 w dniu 31 października 2023 r.

W dniu 10 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie** (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) oraz projektowanych postanowień umowy (dalej jako: „Umowa”), opisanych w treści zarzutów i w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że projektowane postanowienia umowne są niezgodne z niżej wymienionymi przepisami:

I.W zakresie zarzutów dotyczących bezusterkowego odbioru (§ 3 ust. 4, § 5 ust. 2, 3 i 5, § 9 ust. 3, 5-8 i 10, § 10 ust. 1, § 13 ust. 4 i 6, ust. 5 zd. 1, § 12 ust. 1 pkt 11 Umowy):

- a.art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 643 i 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie niejasnych i niespójnych postanowień dotyczących odbioru przedmiotu Umowy, uzależniających de facto dokonanie odbioru i zapłatę wynagrodzenia od usunięcia nieistotnych wad stwierdzonych podczas poszczególnych odbiorów przedmiotu Umowy, a zatem sprzecznych z właściwymi dla umów o dzieło oraz o roboty budowlane zasadami odbioru i obowiązkami zamawiającego, co z kolei powoduje nieprawidłowe określenie zasad uznania przedmiotu Umowy za wykonany, zasad rozliczenia wynagrodzenia, rozpoczęcia biegu okresu udzielonej gwarancji i rękojmi, a także biegu terminu 30 dni na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz nieuzasadnione zastrzeżenie kar umownych, określonych w § 12 ust. 1 pkt 11 Umowy, czym zamawiający naruszył również zasadę proporcjonalności udzielanych zamówień;
- b.art. 353¹ w zw. art. 643 i 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uzależnienie przewidzianych w Umowie poszczególnych odbiorów i zapłaty wynagrodzenia oraz uznania Umowy za wykonaną od usunięcia wad nieistotnych, a także uzależnienie rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi oraz zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy od dnia dokonania „bezusterkowego” odbioru robót, co pozostaje w sprzeczności z właściwością (naturą) umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane i narusza zasadę swobody umów i równowagę stron umowy;
- c.art. 453 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe określenie rozpoczęcia biegu terminu 30 dni przewidzianego na zwrot 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- d.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z art. 643 i 647 KC określenie zasad dotyczących rozliczenia przedmiotu Umowy oraz poszczególnych, przewidzianych w Umowie odbiorów, okresu biegu gwarancji i rękojmi oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które to dodatkowo nie odpowiada regułom określonym w art. 453 ust. 1 ustawy Pzp, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny i złożenie porównywalnych ofert, utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców;

II.W zakresie zarzutów dotyczących § 4 (Warunki wykonania, Kontrola jakości oraz Montaż próbny - Etap 1) - naruszenie art. 16 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do § 4 ust. 13 Umowy postanowień naruszających zasadę proporcjonalności w określaniu rygorów niezastosowania się przez wykonawcę do wszelkich uwag zgłaszanych przez zamawiającego w procesie kontroli jakości, innych niż dotyczące materiałów kluczowych, oraz stosowania zbyt krótkich terminów na usunięcie zgłoszonych nieprawidłowości, a także stosowania nieostrego i niezdefiniowanego pojęcia „rażącej niezgodności z Umową” (przy określeniu prawa do odstąpienia od Umowy), co stanowi nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego oraz naruszenie równowagi stron Umowy i zasady swobody zawierania umów;

- III.W zakresie terminu składania oferty - art. 138 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie minimalnego 35 - dniowego terminu składania ofert, podczas, gdy charakter zamówienia i poziom skomplikowania przygotowania ofert uzasadnia zastosowanie dłuższego terminu;
- IV.W zakresie kryterium gwarancji - art. 241 ust. 1 i 2 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez ukształtowanie w pkt 15.2.2. SWZ pozacenowego kryterium oceny ofert - Gwarancja jakości Konstrukcji budynku Stacji w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- V.W zakresie postanowień Umowy dotyczących gwarancji i rękojmi - art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:
- a.objęcie w § 10 ust. 1 Umowy gwarancją prac wykończeniowych, w sytuacji gdy zamawiający przewiduje ich realizację za pomocą własnych pracowników;
 - b.określenie w § 10 ust. 6 Umowy zasad gwarancji i rękojmi w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania oraz równowagę stron umowy, a także stanowiących nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, skutkujących przerzuceniem na wykonawcę ryzyka dokonywania samodzielnych napraw przedmiotu zamówienia przez zamawiającego;
- VI.W zakresie etapów płatności - art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 353¹ KC oraz 8a Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, poprzez określenie w § 3 ust. 4 Umowy etapów płatności za wykonane prace w sposób nieadekwatny do realnego rozmiaru i kosztów prac, co stanowi również nadużycie dominującej pozycji przez zamawiającego;
- VII.W zakresie kar umownych - art. 16 pkt 3 w zw. z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 8 ustawy Pzp poprzez:
- a.określenie w § 12 ust. 2, 3, 4 umowy kar umownych za nieusunięcie wad w terminie, przy jednoczesnym zastrzeżeniu w § 12 ust. 1 za zwłokę w realizacji Etapu 1 w określonych terminach, co powoduje podwójne karanie wykonawcy za to samo uchybienie;
 - b.określenie w § 12 ust. 2 Umowy, iż łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia ryczałtowego brutto, co stanowi wartość rażąco wygórowaną, naruszającą zasadę proporcjonalności, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, a także świadcząca o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu;
- VIII.W zakresie postanowień dotyczących waloryzacji - art. 439 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 8 KC przez wprowadzenie do Umowy:
- a.w § 19 ust. 4 jako wskaźnika waloryzacji rocznego „wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych” ogłaszanego przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, podczas gdy waloryzacja wynagrodzenia może następować nie częściej niż co 6 miesięcy;
 - b.w § 19 ust. 4 zastrzeżenia prawa do żądania przedstawienia przez wykonawcę dowodów potwierdzających zasadność złożenia wniosku o waloryzację, w tym dowodów potwierdzających, że koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotu Umowy będą wyższe co najmniej o tyle, ile wynosi „wskaźnik”, pomimo że zamawiający określa sposób waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o wskaźnik GUS, a nie na innej podstawie, np. na podstawie wykazu rodzajów materiałów i kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, co stanowi niczym nieuzasadnioną barierę w waloryzacji wynagrodzenia, narusza równowagę stron Umowy oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego do kształtowania jej postanowień oraz naruszenie zasady swobody umów;
 - c.w § 19 ust. 4 postanowienia określającego, że Zmiana Całkowitego Wynagrodzenia następuje począwszy od miesiąca, w którym złożono wniosek o waloryzację, nie wcześniej jednak niż w miesiącu następującym po miesiącu ogłoszenia komunikatu Prezesa GUS w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, w sytuacji, gdy określony przez zamawiającego „wskaźnik” publikowany jest raz do roku, a wykonawcy przysługuje możliwość złożenia wniosku o waloryzację co 6 miesięcy;
 - d.w § 19 ust. 5 postanowienia ograniczającego wartość Zmiany całkowitego wynagrodzenia do 5%;
- oraz innych przepisów ustawy Pzp, wprost w tym miejscu nie wskazanych, ale powoływanych w uzasadnieniu

odwołania lub z niego wynikających.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: zmiany kwestionowanych odwołaniem projektowanych postanowień umownych, zgodnie z wnioskami zawartymi w uzasadnieniu, prezentowanymi odpowiednio do poszczególnych zarzutów.

Odwołujący, w zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu na rozprawie, przedstawił następującą argumentację.

Odnosnie zarzutu sformułowanego w punkcie VI tj. etapów płatności, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 353¹ KC oraz 8a Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, poprzez określenie w § 3 ust. 4 Umowy etapów płatności za wykonane prace w sposób nieadekwatny do realnego rozmiaru i kosztów prac, co stanowi również nadużycie dominującej pozycji przez zamawiającego odwołujący przywołał zapisy projektu umowy w § 3 ust. 4, w którym zamawiający przewidział, że za pierwszą część Etapu I realizacji prac - wykonanie montażu próbnego, wykonawca otrzyma 5% całkowitego wynagrodzenia. Natomiast 45% wynagrodzenia zostanie wypłacone po podpisaniu przez Strony Ostatecznego Protokołu odbioru Etapu 1. Natomiast w § 2 ust. 2 pkt 1) jako ostatnią czynność w Etapie 1 wskazano: „wykonanie czynności niezbędnych do należytej realizacji Umowy w Zakresie Etapu 1, zgodnie z OPZ, nie później niż do dnia 30 września 2025 r.”.

W ocenie odwołującego takie ukształtowanie postanowień dotyczących wypłaty wynagrodzenia jest sprzeczne z zasadą swobody umów, ale również narusza art. 8a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, zgodnie z którym strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku potwierdzających dostawę towaru lub wykonania usługi. Natomiast jak się wskazuje w doktrynie ww. przepis odnosi się również do ustalenia daty wystawienia faktury: „Wszelkie postanowienia, które ograniczają wierzyciela co do możliwości wystawienia faktury dokumentującej wykonanie świadczenia lub jego samodzielnej części (np. że fakturę można wystawić dopiero, gdy wartość świadczeń osiągnie określony próg, nie częściej niż co miesiąc itp.) powinny być uznane za nieważne” (K. Menszig-Wiese (red.), Ustawa o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Wyd. 2, Warszawa 2023). Zgodnie z powyższym, ustalenie przez zamawiającego zasad wypłaty wynagrodzenia, a w konsekwencji zasad wystawienia przez wykonawcę faktury, w taki sposób, że wykonawca nie może wystawić faktury za faktycznie wykonane prace (dostawy, usługi i roboty montażowe) w wysokości odpowiadającej wartości tych prac, należy uznać za sprzeczny z art. 8a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

Wreszcie wprowadzenie zasady, że wypłata wynagrodzenia nastąpi po wykonaniu montażu próbnego jedynie w wysokości 5%, zaburza równowagę stron umowy oraz stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez zamawiającego. Odwołujący wskazał, że uprawnienie zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego i nie może odbywać się w całkowitym oderwaniu od poszanowania słusznego interesu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przy obecnej konstrukcji zapisów dotyczących wypłaty wynagrodzenia, wykonawca pomimo poniesienia istotnych nakładów na wykonanie konstrukcji oraz próbnego jej zmontowanie, w tym poniesienia kosztów związanych z płatnościami dla podwykonawców i dostawców elementów konstrukcyjnych, pomimo pozytywnego zakończenia tej części Etapu I robót otrzyma jedynie 5% całkowitego wynagrodzenia. Określenie przez zamawiającego tak niskiego poziomu wynagrodzenia za dostarczenie wszelkich elementów niezbędnych do wykonania konstrukcji i wykonanie montażu próbnego jest nieadekwatne do poniesionych przez wykonawcę kosztów związanych z zaawansowaniem prac i zamówień materiałów na tym etapie inwestycji. Odwołujący przypomniał, że koszty poniesione na tym etapie realizacji zamówienia dotyczą zarówno prac projektowych, prac wykonawczych związanych bezpośrednio z przedmiotem montażu jak i znacznego udziału kosztów dostaw materiałów związanych z tym zakresem, jednak w ilości zaspakajającej cały etap konstrukcji, wraz z obudową.

Kwestionowany zapis wygeneruje u wykonawcy znaczne koszty finansowe związane z kredytowaniem materiałów zamawianych, dostarczanych już od momentu podpisania umowy z zamawiającym i sprowadza się de facto do finansowania zamówienia przez wykonawcę przez kilka miesięcy. Jeśli zamawiający dysponuje zabezpieczonymi środkami na niniejszą inwestycję, nieracjonalne jest doprowadzanie do sytuacji ponoszenia przez wykonawcę znacznych kosztów finansowania. Takie finansowanie zamówienia przez wykonawcę znacząco

zwiększa cenę oferty, co przeczy zasadzie efektywności zamówień publicznych oraz zasadom gospodarności i oszczędności wynikającym z ustawy o finansach publicznych.

Szacowany przez wykonawcę udział kosztów poniesionych do momentu wykonania pierwszego kamienia milowego, jakim jest wykonanie montażu próbnego, przekroczy po stronie kosztowej wykonawcy 30% wartości całości inwestycji (z uwzględnieniem zakupu niezbędnych materiałów, które wykonawca musi nabyć z wyprzedzeniem, np. drewno i konieczność jego prefabrykacji, wszystkie elementy i materiały nietypowe, dedykowane do projektu wymagające zaliczkowania (światliki, blacha elewacyjna, gięta sklejka, okucia drewna), produkcję związaną bezpośrednio z przedmiotem montażu, z klejeniem i obróbką, prace montażowe, prace projektowe, koszty konsultantów, jak również prace związane z produkcją i prefabrykacją elementów które nie są objęte bezpośrednio montażem próbnym ale z uwagi na terminy wynikające z poszczególnych etapów konieczne do dopełnienia terminów umownych. Tym samym możliwość zafakturowania 5% wynagrodzenia jest całkowicie nieadekwatna do kosztów wykonawcy. Z tego względu, w ocenie odwołującego, zmiana wartości płatności w poszczególnych etapach jest niezbędna.

W odniesieniu do tej części zarzutów odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień Umowy w § 3 ust. 4 w następujący sposób: „Płatność wynagrodzenia określonego w ust. 1 pkt 1 będzie zrealizowana zgodnie z poniższym harmonogramem:

1) kwota stanowiąca 20 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w ust. 1 pkt 1 będzie wypłacona po podpisaniu przez Strony Protokołu odbioru Montażu próbnego, 2) kwota stanowiąca 40 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w ust. 1 pkt 1 Umowy będzie wypłacona po podpisaniu przez Strony Ostatecznego Protokołu odbioru Etapu 1, 3) kwota stanowiąca 30% wynagrodzenia umownego brutto określonego w ust. 1 pkt 1 Umowy będzie wypłacona po podpisaniu przez Strony Protokołu odbioru końcowego prac montażowych Etapu 2, 4) kwota stanowiąca 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w ust. 1 pkt 1 Umowy będzie wypłacona po podpisaniu przez Strony Ostatecznego Protokołu odbioru Etapu 2”.

Odwołujący sformułował również zarzuty w zakresie postanowień Umowy odnoszących się do sposobu waloryzacji wynagrodzenia (punkt VIII odwołania) wskazując

na naruszenie przez zamawiającego art. 439 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 8 KC przez wprowadzenie do Umowy: (a) w § 19 ust. 4 jako wskaźnika waloryzacji rocznego „wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych” ogłaszanego przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, podczas gdy waloryzacja wynagrodzenia może następować nie częściej niż co 6 miesięcy; (b) w § 19 ust. 4 zastrzeżenia prawa do żądania przedstawienia przez wykonawcę dowodów potwierdzających zasadność złożenia wniosku

o waloryzację, w tym dowodów potwierdzających, że koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotu Umowy będą wyższe co najmniej o tyle, ile wynosi „wskaźnik”, pomimo

że zamawiający określa sposób waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o wskaźnik GUS, a nie na innej podstawie, np. na podstawie wykazu rodzajów materiałów i kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, co stanowi niczym nieuzasadnioną barierę w waloryzacji wynagrodzenia, narusza równowagę stron Umowy oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego do kształtowania jej postanowień oraz naruszenie zasady swobody umów; (c) w § 19 ust. 4 postanowienia określającego, że Zmiana Całkowitego Wynagrodzenia następuje począwszy od miesiąca,

w którym złożono wniosek o waloryzację, nie wcześniej jednak niż w miesiącu następującym po miesiącu ogłoszenia komunikatu Prezesa GUS w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, w sytuacji, gdy określony przez zamawiającego „wskaźnik” publikowany jest raz do roku, a wykonawcy przysługuje możliwość złożenia wniosku o waloryzację co 6 miesięcy; (d) w § 19 ust. 5 postanowienia ograniczającego wartość Zmiany całkowitego wynagrodzenia do 5%.

Odwołujący przypomniał treść przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp wywodząc, że jego istotą jest zapewnienie ekwiwalentności wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Co istotne, jest to przepis bezwzględnie obowiązujący. Oznacza to, że nie tylko nie może być on zmieniany postanowieniami umownymi, ale też postanowienia umowne nie mogą być formułowane w sposób prowadzący do omięcia skutków tego przepisu.

Tymczasem w § 19 ust. 4 pkt 1) Umowy zamawiający przewidział waloryzację wynagrodzenia w przypadku, gdy roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych wyniesie więcej niż 5%. Jednocześnie w § 19 ust. 4 pkt 5) wskazano, że „Zmiana Całkowitego Wynagrodzenia następuje począwszy od miesiąca, w którym złożono wniosek o waloryzację, nie wcześniej jednak niż w miesiącu następującym po miesiącu ogłoszenia komunikatu Prezesa GUS w

Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski””. Wobec faktu, że waloryzacja może następować nie częściej niż co 6 miesięcy, a roczny wskaźnik wzrostu cen publikowany jest raz do roku, nie jest możliwe wystąpienie z wnioskiem

o waloryzację dwukrotnie w ciągu roku (co zamawiający przewidział). Zestawienie § 19 ust. 4 pkt 1) i 5) Umowy uniemożliwia wystąpienie o waloryzację co 6 miesięcy. W związku z czym zasadna jest zmiana wskaźnika na wskaźnik półroczny oraz określenie, że waloryzacja będzie odbywała się w oparciu o wskaźnik opublikowany przed złożeniem wniosku o waloryzację.

Ponadto, w § 19 ust. 4 pkt 2 i 3 Umowy zamawiający zastrzegł prawo żądania przedstawienia przez wykonawcę dowodów potwierdzających zasadność złożenia wniosku

o waloryzację, w tym dowodów potwierdzających, że koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotu Umowy będą wyższe co najmniej o tyle, ile wynosi „wskaźnik” oraz wskazał,

że warunkiem waloryzacji wynagrodzenia jest wykazanie realnego wpływu nowego „wskaźnika” na koszt wykonania przedmiotu. Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

w umowie określa się 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. Zamawiający

z jednej strony wskazał, że zmiana Całkowitego Wynagrodzenia może nastąpić w stopniu nie przekraczającym wartości aktualnego „wskaźnika” a zatem wskaźnika, który z założenia odzwierciedla zmianę cen towarów i usług, z drugiej dodatkowo wymaga „wykazania” realnego wpływu wskaźnika na koszt wykonania przedmiotu Umowy. Zamawiający nie określa jednak jakich materiałów lub kosztów może dotyczyć ewentualna zamiana cen uzasadniająca waloryzację. Taki dodatkowy wymóg nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach, stanowi barierę w skutecznym dochodzeniu waloryzacji wynagrodzenia, a także uzależnia waloryzację wynagrodzenia od swobodnego uznania zamawiającego, czy wykonawca wykazał spełnienie okoliczności uzasadniających dokonanie waloryzacji wynagrodzenia. Postanowienie § 19 ust. 4 pkt 2) i 3) Umowy w praktyce może stanowić źródło sporów pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, a nawet całkowicie niweczyć możliwość dokonania waloryzacji, nawet jeśli przyjęty przez zamawiającego wskaźnik ogłaszany przez Prezesa GUS będzie uzasadniał jej dokonanie.

Jednocześnie zamawiający przewidział w § 19 ust. 4 pkt 6), że zmiana Całkowitego Wynagrodzenia nie może nastąpić o więcej niż 5%. Zastrzeżenie maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w wysokości 5% wysokości wynagrodzenia brutto, jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy. Projektowane postanowienie wydaje się nie uwzględniać faktu,

iż zamówienie będzie realizowane w założeniu do listopada 2026 r., a nawet, zgodnie z § 2 ust. 6 Umowy, realizacja może zostać wydłużona do 2027 r. W tak długim okresie realizacji, zamawiający powinien uwzględnić możliwość nieoczekiwanego wzrostu cen i przewidzieć możliwość zwiększenia umowy co najmniej do 15%.

Podnosząc powyższy zarzut, odwołujący postulował, aby Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmian kwestionowanych postanowień Umowy tj. § 19 ust. 4 pkt 1) - 6) w następujący sposób: „1) Strona ma prawo wystąpić z wnioskiem o zmianę Całkowitego Wynagrodzenia w przypadku, gdy półroczny „wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych” ogłaszany przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwany dalej „wskaźnikiem”) wynosi więcej niż 5 % w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego; 2) Waloryzacja Całkowitego Maksymalnego Wynagrodzenia, z zastrzeżeniem pkt 1), następuje w wysokości odpowiadającej iloczynowi „połowy” wskaźnika oraz wartości wynagrodzenia pozostałej

do wypłaty na dzień złożenia wniosku o waloryzację; 4) Zmiana Całkowitego Maksymalnego Wynagrodzenia odnosi się wyłącznie do części zamówienia odpowiadającej zakresowi, jaki pozostał do wykonania w ramach przedmiotu Umowy; 5) Zmiana Całkowitego Wynagrodzenia następuje począwszy od miesiąca, w którym złożono wniosek o waloryzację, w oparciu

o wysokość wskaźnika opublikowanego przed złożeniem wniosku o waloryzację; 6) Zmiana Całkowitego Wynagrodzenia nie może nastąpić o więcej niż 15 %”.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego

po stronie odwołującego przystąpił wykonawca **Andrewex Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Cierpicach**.

Zamawiający w dniu 23 listopada 2023 r. dokonał zmiany w dokumentach zamówienia, w tym w zakresie, w jakim

odwołujący domagał się zmiany zapisów SWZ, w tym wzoru umowy oraz opublikował te zmiany na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 24 listopada 2023 r. oświadczył, że dokona zmian w projekcie umowy w zakresie, w jakim zmiany te dotyczą zarzutu opisanego w punkcie I odwołania tj. dokona modyfikacji § 3 ust. 4 pkt 1 (poprzez wykreślenie sformułowania „bez uwag”) oraz § 5 ust. 2 (poprzez wykreślenie sformułowania „bez uwag”).

Odwołujący oświadczył, że wobec dokonanych już, jak też planowanych modyfikacji cofa zarzuty opisane w punktach od I do V oraz w punkcie VII w całości. W konsekwencji Izba umorzyła w tym zakresie odwołanie, orzekając w punkcie pierwszym sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, jak też po zapoznaniu się ze zmianami dokonanymi przez zamawiającego w dniu 23 listopada 2023 r., po zapoznaniu się z treścią odwołania, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący jest zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia i zainteresowany złożeniem oferty. Zaskarżone projektowane postanowienia umowne utrudniają mu złożenie konkurencyjnej oferty. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w petitum odwołania i wynikających z jego uzasadnienia, odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu go możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego oraz dokumenty przedłożone na posiedzeniu w dniu 23 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w pkt 4 SWZ oraz w § 1 ust. 1 Umowy jest dostawa do Gdyni i montaż na Polskiej Stacji Antarktycznej im. H. Arctowskiego (Wyspa Króla Jerzego, Sztetlandy Południowe, Antarktyka, poza terytorium UE), dalej zwanej również „Stacją”, przez wykonawcę na rzecz zamawiającego za wynagrodzeniem konstrukcji budynku głównego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną projektowaną w ramach zadania pod nazwą „Budowa Nowego Budynku Mieszkalnego oraz kompleksowa przebudowa Stacji im. Arctowskiego „Arctowski - PolarPOL - Polskie Multidyscyplinarne Laboratorium Badań Polarnych w Antarktyce”, składające się z dwóch etapów: (1) Etap 1 - wykonanie i dostawa Konstrukcji budynku Stacji wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną do Gdyni tj.: a) opracowanie warsztatowego projektu wykonania paneli elewacyjnych, zawierającego szczegółowe rozkroje poszczególnych elementów i przedstawienie go do akceptacji zamawiającego, b) wykonanie planu awaryjnego zamknięcia budynku Stacji i przedstawienie go do akceptacji zamawiającego, c) dokonanie Montażu próbnego zgodnie z wytycznymi zawartymi w Załączniku nr 3 do Opisu przedmiotu zamówienia, który stanowi Załącznik nr 1 do niniejszej Umowy, dalej jako: „OPZ”, d) wykonanie planu pakowania materiałów i przedstawienie go do akceptacji Zamawiającego, e) pakowanie materiałów, f) dostarczenie Konstrukcji budynku Stacji, do portu morskiego w Gdyni oraz przygotowanie materiałów do transportu zgodnie z wytycznymi zawartymi w Załączniku nr 7 do OPZ, g) wykonanie innych czynności niezbędnych do należytej realizacji Umowy, zgodnie z OPZ. (2) Etap 2 montaż Konstrukcji budynku Stacji wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną na Stacji tj.: a) wykonanie ramowego harmonogramu prac montażowych zgodnie z Załącznikiem 1 do Umowy (OPZ), b) wykonanie kompletnego montażu Konstrukcji budynku Stacji zgodnie z projektem konstrukcji (załącznik 1 do OPZ), projektem architektonicznym (załącznik 2 do OPZ) i projektem wentylacji (załącznik 4 do OPZ), c) prace wykończeniowe wraz z pozostałymi elementami systemu wentylacji zgodnie z projektem konstrukcji (załącznik 1 do

OPZ), projektem architektonicznym (załącznik 2 do OPZ) i projektem wentylacji (załącznik 4 do OPZ).

Termin realizacji zamówienia opisano w pkt 5 SWZ przewidując, że 5.1. Zamówienie zostanie zrealizowane w następujących terminach: 5.1.1. Etap 1: 5.1.1.1. opracowanie warsztatowego projektu wykonania paneli elewacyjnych, zawierającego szczegółowe rozkroje poszczególnych elementów i przedstawienie go do akceptacji zamawiającego - 10 tygodni

od dnia zawarcia Umowy, 5.1.1.2. wykonanie planu awaryjnego zamknięcia budynku Stacji

- do 30 tygodni od podpisania Umowy, 5.1.1.3. dokonanie Montażu próbnego - do 42 tygodni od podpisania Umowy,

5.1.1.4. wykonanie planu pakowania materiałów - do 45 tygodni

od podpisania Umowy, 5.1.1.5. pakowanie materiałów - do 49 tygodni od podpisania Umowy nie później niż do dnia 20

lipca 2025 r., 5.1.1.6. dostarczenie Konstrukcji budynku Stacji,

do portu morskiego w Gdyni do 50 tygodni od podpisania Umowy nie później niż do dnia

31 lipca 2025 r., 5.1.1.7. wykonanie innych czynności niezbędnych do należytej realizacji Umowy w zakresie Etapu 1, zgodnie z OPZ - nie później niż do dnia 30 września 2025 r.,

z zastrzeżeniem ust. 5.2. 5.1.2. Etap 2: 5.1.2.1. wykonanie ramowego harmonogramu prac montażowych - do 42 tygodni

od podpisania Umowy, 5.1.2.2. wykonanie kompletnego montażu Konstrukcji budynku Stacji wraz z panelami elewacyjnymi i wentylacją

w przestrzeniach podstropowych - 18 tygodni od rozpoczęcia prac na Stacji w okresie listopad 2025 - marzec 2026 r.,

5.1.2.3. prace wykończeniowe wraz z pozostałymi elementami systemu wentylacji - kwiecień 2026 r. - listopad 2026 r., z zastrzeżeniem ust. 5.2.

W ust. 5.2. zamawiający zastrzegł, że w związku z tym, że dostawa Konstrukcji budynku Stacji dla Stacji będzie realizowana transportem morskim, transport morski jest zaplanowany po 31 lipca 2025 r. Jeżeli w terminach określonym w ust. 5.1.1. nie będzie możliwe zrealizowanie dostawy do portu w Gdyni zgodnie z ust. 5.1.1.6., 5.1.1.7. oraz 5.1.2., to w takiej sytuacji, termin określony w ust. 5.1.1.6., 5.1.1.7. oraz 5.1.2. ulega zmianie na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do SWZ - Wzorce Umowy.

Następnie należy wskazać treść przepisów ustawy Pzp, jak też przepisów wskazywanych przez odwołującego w treści złożonego odwołania, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp1 do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r., poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r., poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W myśl art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Ustawodawca w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp wskazał na obowiązek waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy przewidując, że 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 ust. 2

w umowie określa się: (1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; (2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów,

w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; (3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy; (4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający

w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Art. 443 ustawy Pzp wprowadza w ust. 1 obowiązek zapłaty wynagrodzenia

w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W ust. 2 wskazano, że zamawiający określa w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego

za poszczególne części. Procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50%

wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z kolei ust. 3 odnosi się do kwestii zaliczki, która nie może być mniejsza niż 5% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Z kolei w myśl art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.) dalej: „KC” nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 353¹ KC stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Przywołany przez odwołującego przepis art. 8a Ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1790) wprowadza regulację, zgodnie z którą strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi.

W ocenie Izby odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie tj. w zakresie w jakim odwołujący podnosił, że postanowienia umowne dotyczące waloryzacji naruszają przepisy art. 439 ustawy Pzp oraz przywoływane przepisy kodeksu cywilnego. W pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu opisanego w punkcie VI odwołania, w którym odwołujący wskazywał, że ustalenie przez zamawiającego etapów płatności w sposób, w jaki przewidziany został w § 3 ust. 4 Umowy narusza art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 353¹ KC oraz 8a Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego wskazywanych przez odwołującego przepisów.

Odwołujący podnosił, że poprzez określenie w § 3 ust. 4 Umowy etapów płatności za wykonane prace, w sposób nieadekwatny do realnego rozmiaru i kosztów prac, zamawiający nadużył swojej dominującej pozycji. W szczególności, jego zdaniem, przy obecnej konstrukcji zapisów dotyczących wypłaty wynagrodzenia, wykonawca pomimo poniesienia istotnych nakładów na wykonanie konstrukcji oraz próbne jej zmontowanie, w tym pomimo konieczności poniesienia kosztów związanych z płatnościami dla podwykonawców i dostawców elementów konstrukcyjnych, pomimo pozytywnego zakończenia tej części Etapu I robót otrzyma jedynie 5% całkowitego wynagrodzenia. Głównie ten element wskazał odwołujący jako ten, który wymaga poniesienia wysokich nakładów, z kolei po stronie zamawiającego nie powoduje obowiązku wypłaty należnej wykonawcy części, wynikającej z zaawansowania wykonanych przez wykonawcę prac. Odwołujący postulował przy tym, aby harmonogram płatności został zmieniony w taki sposób, który to w jego ocenie będzie odzwierciedlał poniesione przez niego na danym etapie koszty.

Zarzut odwołującego nie podlegał uwzględnieniu z następujących powodów.

W ocenie składu orzekającego odwołujący, w stosunku do podnoszonego w punkcie VI zarzutu nie tyle nie wykazał, co nawet nie uprawdopodobnił, że określone warunki realizacji umowy naruszać miały wskazywane przez niego przepisy, w szczególności, że zamawiający wykorzystał swoją uprzywilejowaną pozycję, kształtując zasady współpracy w sposób nieodpowiadający naturze stosunku prawnego i przerzucając na wykonawcę wszystkie ryzyka kontraktowe.

Należy bowiem zwrócić uwagę na sposób sformułowania zarzutów przez odwołującego. Zarówno z przepisów prawa, jak i z orzecznictwa Izby i sądów powszechnych jednoznacznie wynika, że zarzut musi być skonkretyzowany. Zgodnie z art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z kolei art. 516 ust. 1 ustawy Pzp precyzuje co zawierać musi odwołanie, w tym: wskazanie czynności lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, związane przedstawienie zarzutów, określenie żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia a także wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytaczanych okoliczności. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12: „Z jednej strony zostało zatem wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu”. Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

W orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, iż odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak też m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 969/20).

W konsekwencji w ramach opisanych podstaw faktycznych zarzutu odwołujący powinien wskazać jakie konkretnie przyczyny powodują, że doszło do naruszenia określonych przepisów ustawy Pzp i kodeksu cywilnego. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, gdzie odwołujący kwestionuje określone postanowienia projektu umowy o zamówienie publiczne, powinien przedstawić argumentację, dlaczego dane postanowienie umowne narusza przepisy prawa lub wskazywane przez odwołującego dobre obyczaje i zasady współzycia społecznego. Zdecydowanie za niewystarczające uznać należy poprzestanie na przywołaniu określonych podstaw prawnych, z ogólnym wskazaniem na uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, zaburzenie równowagi stron i twierdzenia o konieczności finansowania zamówienia przez wykonawcę przez kilka miesięcy.

Odwołujący formułując powyższe zarzuty nie tyle nie wykazał za pomocą dowodów, ile nawet nie uprawdopodobnił przedstawiając stosowne wyliczenia, że udział kosztów poniesionych przez niego do momentu wykonania jak to określili pierwszego kamienia milowego, jakim jest wykonanie montażu próbnego, przekroczy po stronie kosztowej wykonawcy aż 30 % wartości inwestycji. Należy ponownie zaznaczyć, że w przypadku, gdy zarzutami odwołania objęte są określone postanowienia SWZ (tu wzoru umowy) wykonawca, który je kwestionuje, aby wykazać zasadność swoich zarzutów i postulowanych przez siebie zmian musi co najmniej uprawdopodobnić, że wprowadzenie w treści SWZ nowych postanowień, w miejsce ukształtowanych przez zamawiającego, jest uzasadnione okolicznościami. W omawianym przypadku oznacza to, że wykonawca powinien wykazać, że ustalony przez zamawiającego próg 5 % po wykonaniu montażu próbnego oraz 45 % po podpisaniu protokołu odbioru Etapu 1, w sposób znaczący odbiega od ponoszonych przez wykonawcę na tym etapie kosztów. Tymczasem, oprócz głoślośnych twierdzeń w tym zakresie, odwołujący nie przedstawił nawet żadnych szczegółowych wyliczeń odnoszących się do tego który etap i dlaczego generuje konieczność poniesienia określonych kosztów.

Nie sposób uznać za przekonujących argumentów odwołującego, iż wypłacenie niewielkiej części wynagrodzenia po wykonaniu montażu próbnego spowoduje zwiększenie ceny oferty, świadczy o niegospodarności i przeczy zasadzie oszczędności, wynikającej z ustawy o finansach publicznych. Przypomnieć w tym miejscu należy, że rolą środków ochrony prawnej nie jest minimalizowanie ryzyk kontraktowych i kształtowanie umowy w sposób dogodniejszy dla wykonawców ani negocjacje postanowień umownych, mające na celu osiągnięcie porozumienia co do kształtu umowy przez strony. Odwołanie służy konwalidacji sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom podczas ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/ 19 w którym zwrócono uwagę, iż wykonawca, który podaje w wątpliwość postanowienia przyszłej umowy, nie może pod pretekstem rzekomych naruszeń przepisów, negocjować w postępowaniu odwoławczym ich treści, zmierzając do ich ukształtowania w sposób dla siebie bardziej korzystny.

Nie może zyskać akceptacji argumentacja bazująca na treści klauzul generalnych wskazanych w art. 5 KC czy też art. 353¹ KC, powoływana jedynie w celu doprowadzenia do zmiany warunków realizacji zamówienia w sposób względniejszy dla wykonawcy. Nie można bowiem nie zauważyć, że pojawiające się na gruncie postanowień SWZ ewentualne ryzyka ekonomiczne po jego stronie i konieczność ich uwzględnienia w cenie oferty, nie pozbawiają możliwości jej sporządzenia i skalkulowania ceny w taki sposób, który pokryje obiektywnie uzasadnione koszty i ryzyka oraz pozwoli na osiągnięcie zysku. Dopóki zatem odwołujący nie wykaże, że poszczególne warunki kontraktu naruszają normy prawne, wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów, tudzież zasady współzycia społecznego czy dobre obyczaje w ściśle określonym aspekcie, dopóty zachowania zamawiającego, polegające na ustaleniu treści określonych postanowień umownych, nie sposób uznać za niezgodne z przepisami ustawy Pzp, nawet jeśli ukształtowanie tych postanowień w sposób wskazany w odwołaniu byłoby dla jednej lub wszystkich stron obiektywnie korzystniejsze czy bardziej uzasadnione. W takiej sytuacji ustalenie określonych postanowień umownych leży w gestii zamawiającego.

Jak trafnie zauważył zamawiający na rozprawie z takim przypadkiem mamy

do czynienia w tej sprawie, w odniesieniu do kwestii etapowania płatności, opisanych w § 3 ust. 4 Umowy. Zamawiający, co przyznał na rozprawie, mając świadomość, że rozciągnięcie w czasie poszczególnych płatności spowodować może, że cena za realizację zamówienia będzie wyższa, bierze pod uwagę kluczowy dla niego cel, jakim jest uzyskanie efektu końcowego tj. realizacja całego zadania. Zapisy Umowy, które wprowadzają etapowanie płatności, pozwalają zmobilizować wykonawcę w taki sposób, aby czuł się on współodpowiedzialny za końcowy efekt projektu.

Nie można również pomijać, że przepis art. 443 ust. 1 ustawy Pzp reguluje sytuacje, w których umowy o zamówienie publiczne zawierane są na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek dokonywania płatności wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia. Przepis ten wskazuje, że zamawiający określa w umowie jaki procent wynagrodzenia wypłaci wykonawcy za poszczególne części z tym zastrzeżeniem, że procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy. W kwestii zaliczki ustawodawca przewidział z kolei, że ta nie może być mniejsza niż 5 % wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jak wynika z treści uzasadnienia do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy Nr 3624, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=36240>) wskazany przepis został wprowadzony w celu ochrony interesów wykonawców zamówienia publicznego gdyż, jak wyjaśniono "rozwiązanie takie powinno poprawić płynność finansową wykonawców, obniżyć po ich stronie koszty realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania, a w konsekwencji przełożyć się na kwestie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienie publiczne szerszej grupy wykonawców".

W niniejszej sprawie zamawiający zastosował powyższy przepis, przewidując płatność za poszczególne etapy realizacji zamówienia, określając jaki procent wynagrodzenia zostanie wykonawcy wypłacony, po wykonaniu określonych w umowie etapów. Dodatkowo, w § 3 ust. 5 Umowy przewidział udzielenie zaliczki na poczet wykonania przedmiotowego zamówienia w wysokości 4 000 000,00 zł., pod warunkiem spełnienia łącznie określonych przesłanek, tj. po przedłożeniu zamawiającemu i zaakceptowaniu przez niego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, podpisaniu Umowy oraz przedłożeniu zamawiającemu przez wykonawcę oddzielnego zabezpieczenia zaliczki w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Nie sposób zatem dopatrzeć się w działaniach zamawiającego, który ukształtował zapisy umowne w sposób uregulowany przepisami ustawy Pzp, naruszenia jakichkolwiek norm prawnych, których odwołujący zarzuca.

Izba nie dopatrzyła się także we wskazywanych zapisach Umowy naruszenia przepisu art. 8a Ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1790), zgodnie z którym strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. Wskazać należy bowiem na zasadniczy cel tego przepisu, jakim było przeciwdziałanie obchodzeniu przepisów cytowanej ustawy poprzez przedłużanie przewidzianych w niej maksymalnych terminów zapłaty w transakcjach handlowych. Takie sytuacje miały bowiem miejsce na skutek ustalania późniejszych terminów doręczania faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, od którego to momentu komentowana ustawa, co do zasady, nakazuje liczyć przewidziane w niej maksymalne terminy zapłaty, mające znaczenie dla powstania roszczeń o odsetki. Jak bowiem wskazano w samym uzasadnieniu nowelizacji wprowadzającej art. 8a, jego celem jest „wylimitowanie możliwości zawierania porozumień, które prowadziłyby do nadmiernego odsuwania w czasie doręczenia faktury, co w efekcie wpłynęłoby na odroczenie powstania roszczenia o odsetki” (uzasadnienie, s. 4). Wprowadzenie tego przepisu miało na celu wylimitowanie możliwości zawierania tego rodzaju porozumień, które prowadziłyby do nadmiernego odsuwania w czasie doręczania faktur. Prezentowane przez odwołującego stanowisko, a przywoływane za prezentowanym w doktrynie, że przepis ten stoi na przeszkodzie ustalaniu przez zamawiającego zasad wypłaty wynagrodzenia w sposób, który odbiega od faktycznej wartości wykonanych prac jest, wobec opisywanego celu tej regulacji, nieuzasadnione. W tym miejscu należy ponownie wskazać na treść przepisu art. 443 ust. 1 ustawy Pzp, który wprawdzie wprowadza pewne ograniczenia w zakresie odnoszącym się do możliwości etapowania płatności, gdyż procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50%, nie wprowadza jednak dalszych ograniczeń co do możliwości wprowadzenia płatności w częściach.

Z powyższych powodów Izba uznała, że opisywany w punkcie VI odwołania zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie, o czym orzeczono w punkcie trzecim sentencji.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie, w jakim odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 8 KC przez prowadzenie do Umowy postanowień dotyczących

waloryzacji wynagrodzenia w sposób, który w istocie prowadzi do omińnięcia skutków tego przepisu.

Na wstępie należy przypomnieć, że istotą przywoływanej przez odwołującego regulacji art. 439 ustawy Pzp, było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy, gdzie użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Odwołując się natomiast do językowego rozumienia pojęcia „waloryzacja” należy stwierdzić, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia, w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmiennym poziomie. Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację definiuje: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych, ustalonych w danej jednostce monetarnej, na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza. Jak zatem trafnie zauważyła Izba w orzeczeniach z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22 oraz w Wyroku z dnia 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3600/21 celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Innymi słowy chodzi o takie ustalenie zasad zwiększenia wynagrodzenia, aby na skutek tego, że realizacji umowy jest rozciągnięta w czasie, w możliwie jak największym stopniu zrekompensować wykonawcy zmniejszającą się wartość pieniądza, wskutek dokonywania odroczonej w czasie płatności.

W okolicznościach niniejszej sprawy kwestia waloryzacji nabiera o tyle znaczenia, że jak wynika z § 2 ust. 2 Umowy, realizacja przedmiotowego zamówienia została podzielona na dwa etapy, przy czym ostatecznie prace tj. prace wykończeniowe wraz z pozostałymi elementami systemu wentylacji ustalono na kwiecień - listopad 2026 r., co oznacza, że okres obowiązywania umowy wynosi prawie dwa lata, z tym jednakże zastrzeżeniem, iż z przyczyn opisanych w Umowie termin wykonania zamówienia może ulec dalszemu wydłużeniu. Jednocześnie, co równie istotne w niniejszej sprawie, pierwsza płatność w wysokości 5 % nastąpi po dokonaniu montażu próbnego, co zgodnie z ustaleniami § 2 ust. 2 pkt 1) lit. d) Umowy nastąpi w terminie do 42 tygodni od dnia jej podpisania, z kolei następną płatność w wysokości 45 % po podpisaniu protokołu odbioru Etapu 1. Nie budzi wątpliwości, że w tak długim okresie czasu może mieć miejsce szereg zdarzeń, które spowodują, że skalkulowane przez wykonawcę wynagrodzenie nie będzie odpowiadało warunkom, w jakich zamówienie to będzie realizowane.

Powszechnie wiadome jest, że w ciągu ostatniego okresu (ok. 2 lat) mamy do czynienia ze stałym, bardzo dynamicznym wzrostem cen materiałów, usług, jak też wynagrodzeń, co wynika z danych publikowanych na stronach Głównego Urzędu Statystycznego. Tak dynamiczny i rozpędzający się wzrost inflacji oraz wynagrodzeń powoduje, że szczególnie istotne jest w jaki sposób zamawiający przewidują w umowach sposoby zwiększania wynagrodzenia i, czy dają one gwarancję zrekompensowania wykonawcy wzrostu kosztów, jakie musi ponosić w związku z realizacją kontraktu. Jak wskazano w dokumencie pn. Raport o inflacji (Raport o inflacji nbp.pl), który jest dokumentem przedstawiającym ocenę Rady Polityki Pieniężnej dotyczącą przebiegu procesów makroekonomicznych wpływających na inflację, w 2023 roku inflacja wyniesie 11,9 proc. a w roku 2024 ma spaść do poziomu 5,7 proc. Przy czym, zgodnie z projekcją - przygotowaną przy założeniu niezmiennych stóp procentowych NBP oraz uwzględniającą dane dostępne do 28 lutego 2023 r. - roczna dynamika cen znajdzie się z 50-procentowym prawdopodobieństwem w przedziale 10,2 - 13,5 proc. w 2023 r., 3,9 - 7,5 proc. w 2024 r. oraz 2,0 - 5,0 proc. w 2025 r. W opracowaniu tym czytamy jednak, że zarysowany scenariusz makroekonomiczny obciążony jest niepewnością. Głównym czynnikiem niepewności dla koniunktury oraz inflacji w Polsce w 2024 r. jest przyszła sytuacja geopolityczna, w tym przede wszystkim dalszy przebieg zbrojnej agresji Rosji na Ukrainę oraz napięcia geopolityczne w innych częściach świata. Niepewność dotyczy ponadto wpływu istotnego zacieśnienia polityki pieniężnej przez główne banki centralne na globalny wzrost gospodarczy i inflację, a także sektor finansowy. Również kształtowanie się cen surowców energetycznych i żywnościowych na światowych rynkach stanowi znaczny czynnik niepewności dla rozwoju sytuacji gospodarczej w Polsce, w tym dla przebiegu procesów inflacyjnych. Ceny surowców na rynkach światowych będą uzależnione m.in. od koniunktury w gospodarce światowej, podaży tych surowców oraz temperatur w sezonie zimowym, a także przebiegu wojny w Ukrainie i jej konsekwencji dla eksportu surowców żywnościowych z tego kraju. Niepewność związana jest także ze skalą wpływu działań w zakresie polityki klimatycznej na procesy cenowe. Czynnikiem niepewności dla kształtowania się dynamiki cen i aktywności gospodarczej pozostaje skala i zakres podejmowanych przez rząd osłonowych działań fiskalnych w celu złagodzenia negatywnych skutków wysokich cen surowców oraz inflacji dla gospodarstw domowych. Wszystkie wymienione okoliczności wskazują zatem na wysoki stopień niepewności co do prognozowanej wysokości wzrostu inflacji jako takiej, nie mówiąc już o ryzykach związanych ze wzrostem cen niektórych materiałów, które jak wskazywał odwołujący znacząco wpływają na koszt realizacji tego zamówienia jak np. ceny stali czy drewna.

Nie sposób zatem nie dostrzec, że w obecnej sytuacji polityczno-gospodarczej, w okresie, kiedy potencjalni wykonawcy rezygnują z zawierania umów o realizację zamówienia publicznego, ze względu na brak klauzul waloryzacyjnych realnie odzwierciedlających poziom wzrostu cen towarów i usług, szczególnie ważne jest aby przyjęta w umowie klauzula waloryzacyjna przyniosła spodziewany efekt wykonawcy, nie powodując zaburzenia równowagi stron umowy. Wprowadzenie bowiem, w sposób jednostronny, takich postanowień które obarczają ewentualnym ryzykiem wyłącznie wykonawcę, w rezultacie może doprowadzić do tego, że umowa taka nie zostanie wykonana.

Dodatkowo warto też zwrócić uwagę na działania podjęte w celu ochrony interesów wykonawców, którzy zawarli umowę przed okresem gwałtownych wzrostów cen. Urząd Zamówień Publicznych opublikował już w maju 2022 r. rekomendacje, zgodnie z którymi zamawiający mogą dokonywać zmian umowy nawet w sytuacji, gdy nie przewidzieli waloryzacji, bądź też przewidziane klauzule są niewystarczające do pokrycia wskaźnika inflacji wskazując, że obecna sytuacja gospodarczo-polityczna ma charakter zdarzenia nieprzewidzianego.

W niniejszym postępowaniu jednak nie mamy do czynienia z taką sytuacją, nie możemy bowiem mówić o czynniku „nieprzewidywalności zdarzenia”. Nadal wysoka inflacja jest faktem, mającym znaczący wpływ na ponoszone przez wykonawców koszty realizacji zamówienia.

Z powyższych powodów odwołujący trafnie podnosił, że opisana w § 19 ust. 4 Umowy klauzula waloryzacyjna nie odpowiada celom, którym służyć miał wprowadzony do ustawy Pzp przepis art. 439 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Z kolei zamawiający twierdził, że zastosował się do wszystkich dyrektyw, zawartych w tej regulacji, stosując mechanizmy jakie w jego ocenie są korzystne dla wykonawcy. Nie rozprawił jednak o jakich powodów przyjął taki sposób dokonywania zmian poziomu wynagrodzenia, mając przy tym świadomość, że dokonuje płatności za poszczególne etapy, przy tym płatności te zostały znacząco odłożone w czasie o czym była mowa powyżej, przy omawianiu zarzutu numer VI odwołania.

Izba ma świadomość, że ustawodawca nie skonstruował przepisu art. 439 ustawy Pzp w sposób precyzyjny, określając jedynie pewne wytyczne, którymi powinien kierować się wykonawca wprowadzając do umowy klauzule waloryzacyjne. Stało się tak jednak, gdyż jak zauważono w uzasadnieniu projektu przepisu ten nie mógł być nadmiernie kazuistyczny. Ustawodawca, mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość, czy przedmiot zamówienia, tak skonstruował cytowany przepis, aby w ramach nałożonego na zamawiającego obowiązku miał on pewną swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia. Wskazano jednak obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej, które to mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych a zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, winien mieć na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia.

Mając powyższe na względzie Izba podzieliła zastrzeżenia odwołującego, uznając jego argumentację w następujących kwestiach.

W pierwszej kolejności doszła do przekonania, że wprowadzony przez zamawiającego w § 19 ust. 5 limit ograniczający wartość Zmiany całkowitego wynagrodzenia do 5% - narusza zarówno zasady współzycia społecznego, jak i sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego. Zważywszy na aktualny poziom inflacji, która w dalszym ciągu jest bardzo wysoka, zaś prognozy w tym zakresie są rozbieżne i zależne od wielu czynników zarówno zewnętrznych, jak też wewnętrznych, mając na uwadze, że zamówienie będzie realizowane w założeniu do listopada 2026 r., a może też zdarzyć się tak, że jego realizacja zostanie wydłużona do 2027 r. - dla zachowania zgodności z zasadami współzycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu. Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść wykonawcy, ale też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający nie wykazał, że wprowadzony limit waloryzacji podyktowany jest problemami w pozyskaniu finansowania, jednocześnie też, że ma świadomość, że sposób etapowania płatności, który przyjął powoduje, że nakłady które poczyni wykonawca, przynajmniej na początkowym etapie zamówienia znacznie przekraczają to, co otrzyma od zamawiającego w formie wypłaconej zaliczki. Z tych powodów Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy do poziomu 15 % tj. na poziomie postulowanym przez odwołującego jest odpowiednie, celem zapewnienia równowagi kontraktowej stron.

Kolejny, kwestionowany przez odwołującego zapis w § 19 ust. 4 Umowy dotyczył postanowienia określającego, że Zmiana Całkowitego Wynagrodzenia następuje począwszy od miesiąca, w którym złożono wniosek o waloryzację, nie wcześniej jednak niż w miesiącu następującym po miesiącu ogłoszenia komunikatu Prezesa GUS w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, w sytuacji, gdy określony przez zamawiającego „wskaźnik” publikowany jest raz do roku, a wykonawcy przysługuje możliwość złożenia wniosku o waloryzację co 6 miesięcy. Izba i w tym zakresie podzieliła argumentację odwołującego, że obecna konstrukcja klauzuli waloryzacyjnej (zestawienie § 19 ust. 4 pkt 1)

i 5) Umowy) uniemożliwi wykonawcy realizującemu umowę wystąpienie o waloryzację

co 6 miesięcy. W ocenie Izby, zważywszy na obecnie obserwowaną dynamikę zmian cen oraz przyjętą w Umowie procedurę wprowadzania zmian wynagrodzenia, należy uznać

za wskazane, aby wprowadzono zmiany wskaźnika na wskaźnik półroczny, publikowany przed złożeniem wniosku o waloryzację.

W końcu odwołujący podniósł również kwestię wprowadzenia w § 19 ust. 4 Umowy zapisu, zgodnie z którym zamawiający z jednej strony ustalił jako wskaźnik waloryzacji roczny „wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych” ogłaszany przez prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, z drugiej zastrzegł sobie prawo do żądania przedstawienia przez wykonawcę dowodów potwierdzających zasadność złożenia wniosku o waloryzację, w tym dowodów potwierdzających, że koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotu Umowy będą wyższe co najmniej o tyle, ile wynosi „wskaźnik”. Przy tym zamawiający nie określił jakich materiałów lub kosztów może dotyczyć ewentualna zmiana cen uzasadniająca waloryzację.

Izba zgadza się z odwołującym, że taka konstrukcja klauzul waloryzacyjnych stanowi niczym nieuzasadnioną barierę w waloryzacji wynagrodzenia, gdyż uzależnia dokonanie waloryzacji od swobodnego uznania zamawiającego, narusza równowagę stron Umowy oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego do kształtowania jej postanowień

w sposób, który nie może zostać uznany za realizujący cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 ustawy Pzp. Waloryzacja umowna stanowi bowiem skuteczny mechanizm tylko wtedy, gdy umowa zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Konieczne jest przy tym precyzyjne określenie m. in. poziomu zmiany cen lub kosztów uprawniającego strony do żądania zmiany wynagrodzenia oraz przede wszystkim sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia. I tu mamy szerokie spektrum możliwości wprowadzenia efektywnej formuły np. metody wskaźnikowej (odwołanie do możliwych różnych wskaźników GUS-u), metody koszykowej (w oparciu o kilka wskaźników dla wybranych, najbardziej cenotwórczych elementów kosztów), metody porównawczej. Formuła ta musi być dobrze przemyślana, precyzyjna i sprawdzona przede wszystkim od strony kosztorysowej, żeby potem była wykonalna i rzeczywiście przyniosła spodziewany efekt dla wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała, że postulowana przez odwołującego zmiana zapisów Umowy dotycząca usunięcia z treści § 19 zastrzeżenia do żądania przez zamawiającego dowodów, potwierdzających zasadność złożenia wniosku o waloryzację, w tym dowodów potwierdzających, że koszty wykonawcy związane z jej realizacją będą wyższe co najmniej o tyle, ile wynosi wskaźnik - jest w pełni uzasadniona.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b, § 7 ust.1 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), przy uwzględnieniu maksymalnej kwoty wynagrodzenia pełnomocnika strony, wynikającej w ww. rozporządzenia.

Zgodnie z nimi strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

W niniejszej sprawie jeden z zarzutów Izba uwzględniła, drugi oddaliła, zatem strony odpowiadają za ten wynik każdy w 50 %. Na koszty postępowania składają się wpis w kwocie 15 000,00 zł. (odwołujący wniósł wpis w wyższej wysokości argumentując, że ma wątpliwości co do zakwalifikowania przedmiotowego zamówienia jako dostawy, co z kolei wynika z pkt II.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu, w którym jako rodzaj zamówienia zamawiający wpisał: Dostawy, w konsekwencji Izba taką też kwalifikację przyjęła), kwota 3 600,00 zł. tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i kwota 2 460,00 zł. tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego. Odwołujący poniósł zatem koszty w wysokości 18 600,00 zł., zaś zamawiający w wysokości 2 460,00 zł. W związku z tym, że strony odpowiadają na równi za wynik sprawy, zamawiający powinien zwrócić odwołującemu kwotę 8 070,00 zł.

Przewodniczący:.....