

Sygn. akt: KIO 2961/23

WYROK
z dnia 24 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 października 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 października 2023 roku** przez wykonawcę **Impel Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego działa Izba Administracji Skarbowej w Warszawie**

orzeka:

Jmarza postępowanie w zakresie zarzutu 2b petitum odwołania, to jest naruszenia art. 439 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i art. 353(1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego;

w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – Impel Spółkę Akcyjną z siedzibą**

we Wrocławiu, w następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Impel Spółkę Akcyjną**

z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Odwołującego - Impel Spółki Akcyjnej z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **Zamawiającego – Skarbu Państwa, w imieniu którego działa Izba Administracji Skarbowej w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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 2961/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego działa Izba Administracji Skarbowej w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Świadczenie usług sprzątania pomieszczeń i terenów zewnętrznych w budynkach IAS w Warszawie oraz podległych jednostek organizacyjnych woj. Mazowieckiego”. Postępowanie podzielono na (7) części zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 186 - 582385 z dnia 27.09.2023 r.

Dnia 6 października 2023 roku w prowadzonym postępowaniu, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 poz. 1605) – dalej: „ustawa Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Impel Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu**, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na ustaleniu warunków umownych dotyczących warunków waloryzacji wynagrodzenia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 5 i art. 353 (1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie we wzorze umowy maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 436 pkt 4 ppkt b ustawy Pzp;

2.art. 439 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i art. 353(1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.94 z zm.) – dalej kc poprzez:

a) wadliwe określenie we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

b) nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przy projektowaniu treści projektu umowy polegającej na uwzględnieniu jedynie swoich interesów przy sformułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 ustawy Pzp, podczas gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy

i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać;

c) sformułowanie klauzuli w przedmiocie zmiany wysokości wynagrodzenia

z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, która nie spełnia wymogów art. 439, gdyż nie zawiera obligatoryjnych postanowień

w przedmiocie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy, tj. postanowień

o których mowa w art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ poprzez:

1. zmianę § 12 ust. 16 wzoru umowy polegającą na modyfikacji postanowienia

w sposób, który spowoduje jego zgodnością z ustawą Pzp tj. nadanie § 12 ust. 16 wzoru umowy (Załącznik nr 5 do

SWZ) na przykład następującej treści:

Sumaryczna wartość zmiany wartości Umowy brutto, wynikająca z zasad waloryzacji o których mowa w ust. 3 nie może przekroczyć 15% wartości Umowy brutto określonego w § 5 ust. 1 Umowy.

2. zmianę § 12 ust. 3 i 15 wzoru umowy polegającą na modyfikacji postanowienia w sposób, który spowoduje jego zgodnością ustawą Pzp, tj. nadanie § 12 ust. 3 i 15 wzoru umowy (Załącznik nr 5 do SWZ) na przykład następującej treści:

3. Strony zobowiązują się dokonać zmiany wartości umowy brutto, o której mowa w § 5 ust. 1 w formie pisemnego aneksu, również w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które nastąpiły w okresie realizacji umowy, na zasadach i w sposób określonych w ust. 15.

15. Zmiana Umowy, związana z przesłanką, o której mowa w ust. 3, zostanie wykonana na następujących zasadach:

1) wartość umowy brutto może ulec waloryzacji w każdym kwartale kalendarzowym realizacji zamówienia, jeżeli wysokość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (opublikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego

i ogłoszonych w „Monitorze Polskim” Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej) za kwartał poprzedzający kwartał, w którym zmieniana jest umowa, wzrośnie – o więcej niż 0,2 punktów procentowych;

2) zmiana wartości umowy brutto będzie dotyczyła wynagrodzenia wykonawcy pomniejszonego o koszty płac osób realizujących zamówienie zatrudnionych według stawek minimalnych wynikających z aktualnego rozporządzenia wydanego na podstawie art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

3) zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następowała od pierwszego dnia miesiąca, następującego po dniu publikacji komunikatu, o którym mowa w pkt 1;

4) wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa wzrostowi wskaźnika, wskazanego w pkt 1 i będzie dokonywana:

a) w przypadku pierwszej waloryzacji - od wartości wynagrodzenia, określonego w umowie;

b) w przypadku każdej kolejnej waloryzacji - od wartości wynagrodzenia, ustalonego w wyniku poprzedniej waloryzacji.

Odwolujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Pzp, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i przepisów Kodeksu cywilnego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego uzyskania realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu ewentualnej realizacji zamówienia.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.09.2023 roku. Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Wpis od odwołania

w wysokości 15 000 zł został wniesiony na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podnosił, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z ustawą Pzp, oraz przepisami ustawy Kodeks cywilny.

1. OKREŚLENIE MAKSYMALNEJ WARTOŚCI ZMIANY WYNAGRODZENIA

W KALUZULI UMOWNEJ, O KTÓREJ MOWA W ART. 436 PKT 4 PPKT B USTAWY PZP

Zgodnie z postanowieniem § 12 ust. 12 pkt 2, 3 i 16 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SWZ:

1. Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wartości umowy brutto, o której mowa w § 5 ust. 1, w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku wystąpienia jednej z następujących okoliczności:

1) zmiany stawki podatku od towarów i usług;

2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

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

4) zmiany przepisów dotyczących zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;

3. Strony zobowiązują się dokonać zmiany wartości umowy brutto, o której mowa

w § 5 ust. 1 w formie pisemnego aneksu, również w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które nastąpiły w okresie realizacji umowy, na zasadach i w sposób określonych w ust. 15.

16. Sumaryczna wartość zmiany wartości Umowy brutto, wynikająca z zasad waloryzacji, o których mowa w ust. 1 i 3, nie może przekroczyć 15% wartości Umowy brutto określonego w § 5 ust. 1 Umowy.

Odwolujący podnosił, że postanowienie zawarte w § 12 ust. 16 wzoru umowy jest niezgodne z ustawą Pzp, gdyż skutkuje uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy w okolicznościach wymienionych w art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy. Zamawiający na mocy postanowienia jest uwolniony od zmiany waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy ponad wartość (limit) wskazany w § 12 ust. 16 wzoru umowy. Zgodnie z literalnym brzmieniem § 12 ust. 16 wzoru umowy maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy dotyczy zarówno zmiany dokonywanej w wyniku zastosowania klauzuli wymaganej na podst. art. 439 Ustawy, jak i 436 Ustawy.

Art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nie zawiera uprawnienia umożliwiającego Zamawiającemu limitowanie wartości zmian wynagrodzenia wykonawcy. Przeciwnie, zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą oraz celem, który realizuje art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, wprowadzanie we wzorzec umowy postanowień ograniczających wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy jest niedozwolone. Powtarzając za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt: X GC 5/23, Odwołujący podnosił, że na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, określenie zasad dokonania zmian wynagrodzenia należnego stronie powodowej (wykonawcy), nie oznacza możliwości ograniczania czasu waloryzacji, a powinno to być oznaczenie technicznych zasad, na jakich ta zmiana powinna się pojawić. Wobec powyższego oraz zważywszy na fakt, że przepis art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujący,

to zastrzeżenie umowne jest niezgodne z Ustawą i Kodeksem cywilnym. Zastrzeżenie to jest również nieważne jako niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego

a ponadto stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do formułowania postanowień umownych. Zamawiający nadużył przywołanego prawa, gdyż poprzez wskazanie limitu wartości waloryzacji, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, do czego nie jest uprawniony na podstawie przywołanego przepisu ustawy. Zamawiający wbrew

art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy przerzuciła na wykonawcę obowiązek finansowania kosztów, które w myśl przepisu powinny być finansowane przez Zamawiającego.

Odwolujący podkreślił, że formułowanie postanowień umownych uwalniających Zamawiającego od obowiązku zastosowania art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy jest niezgodne z celem przepisu. Powodem nowelizacji przepisu art. 142 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych – aktualnie art. 436 pkt 4 lit. b) - było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa.

Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

Na temat przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyrok z dnia 9 marca 2015 r.

(KIO 346/15). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem, który zachował aktualność w obowiązującym stanie prawnym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące

w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne

o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. Klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych.

W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów

i usług (VAT) powoduje utratę marży a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej

zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy wrazie zmiany:

-stawki podatku od towarów i usług;

-wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;

-wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenie wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)”.

2. WADLIWE OKREŚLENIE WE WZORZE UMOWY ZASAD DOTYCZĄCYCH ZASAD WPROWADZANIU WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY W PRZYPADKU ZMIAN CEN MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW ZWIĄZANYCH Z REALIZACJĄ ZAMÓWIENIA.

Zgodnie z § 12 ust. 3 i 15 wzoru umowy (Załącznik nr 5 do SWZ):

3. Strony zobowiązują się dokonać zmiany wartości umowy brutto, o której mowa w § 5 ust. 1 w formie pisemnego aneksu, również w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które nastąpiły w okresie realizacji umowy, na zasadach i w sposób określonych w ust. 15.

15. Zmiana Umowy, związana z przesłanką, o której mowa w ust. 3, zostanie wykonana na następujących zasadach:

1) waloryzacja wartości umowy brutto może nastąpić raz w roku i dotyczyć wyłącznie okresu następującego po upływie 6 miesięcy obowiązywania umowy;

2) wartość umowy brutto może ulec waloryzacji, jeżeli wysokość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (opublikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłoszonych w „Monitorze Polskim” Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej) za kwartał poprzedzający kwartał, w którym zmieniana jest umowa, wzrośnie – o więcej niż 5 punktów procentowych;

3) Wykonawca wykaże, że wzrost wskaźnika, o którym mowa w pkt 2, będzie miał wpływ na koszty wykonania przedmiotu zamówienia;

4) zmiana wartości umowy brutto będzie dotyczyła tylko tych cen materiałów lub kosztów, jakie poniesie

Wykonawca w związku z wykonywaniem umowy;

5) zmiana wartości umowy brutto wymaga złożenia przez Wykonawcę wniosku, który powinien zawierać:

a) uzasadnienie konieczności wprowadzenia zmian w wartości umowy brutto wraz ze szczegółowym opisem proponowanych zmian,

b) szczegółową kalkulację i symulację wzrostu kosztów mających wpływ na wysokość wartości umowy brutto,

c) dokumenty, które potwierdzą dane zawarte we wniosku.

16. Sumaryczna wartość zmiany wartości Umowy brutto, wynikająca z zasad waloryzacji o których mowa w ust. 1 i 3, nie może przekroczyć 15% wartości Umowy brutto określonego w § 5 ust. 1 Umowy.

Odwołujący podnosił, że klauzula jest niezgodna z ustawą Pzp oraz Kodeksem cywilnym, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Zgodnie, z klauzulą waloryzacja jest możliwa:

1) wyłącznie jeden raz w toku realizacji zamówienia (§ 12 ust. 15 pkt 1 – pierwsza część zdania przywołanego postanowienia umownego);

2) po upływie zastrzeżonego w umowie okresu bezwaloryzacyjnego (§ 12 ust. 15 pkt 1 – druga część zdania przywołanego postanowienia umownego) oraz pod warunkiem, że

3) wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (opublikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłoszonych w „Monitorze Polskim” Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej) w ujęciu kwartalnym wzrośnie o więcej niż 5%.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że klauzula:

4) nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy.

W zakresie powyższego pkt 1)

Literalna treść art. 439 ustawy Pzp nie uprawnia Zamawiającego do zastrzegania w umowie jakichkolwiek okresów bezwaloryzacyjnych. Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt: X GC 5/23, dotyczący analogicznego zagadnienia, rozstrzygniętego na kanwie art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Zgodnie, z przywołanym wyrokiem: w ocenie Sądu, na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, określenie zasad dokonania zmian wynagrodzenia należnego stronie powodowej, nie oznacza możliwości ograniczania czasu waloryzacji, a powinno to być oznaczenie technicznych zasad, na jakich ta zmiana powinna się pojawić. Zgodnie

z treścią przywołanego przepisu, Zamawiający zobowiązany jest określić w postanowieniach umownych okoliczności, w jakich wynagrodzenie może podlegać zmianie oraz procedurę prowadzącą do ustalenia wysokości tej zmiany i termin jej wprowadzenia. Tymczasem strona pozwana narzuciła ograniczenie dotyczące momentu, kiedy strona pozwana mogłaby złożyć wniosek o waloryzację, co w świetle wykładni przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) PrZamPubl., powinno zostać ocenione jako bezskuteczne, albowiem w przypadku zmiany przepisów regulujących m.in. wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, gdy zmiana ta ma wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę – co pozostaje aktualne w niniejszej sprawie – zmiana wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego staje się niezbędna. Zdaniem Sądu, rzeczona zmiana nie powinna być zatem odwołana w czasie przez narzucenie ograniczeń w zakresie możliwości złożenia stosownego wniosku o dokonanie waloryzacji. W piśmiennictwie podkreśla się, iż przepis art. 436 pkt 4 lit. b) Pr.zam.publ. przewiduje automatyczną waloryzację w przypadku zmian w nim określonych (zob. M. Sieradzka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022*, teza 7 do art. 436). W wyroku z dnia 4 września 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że terminy wejścia w życie i zakres zmiany wynagrodzenia winny być uzależnione od treści i daty wejścia w życie przepisów prawa, wprowadzających zmiany do regulacji dotychczasowych i nie powinny być zależne od woli jednej ze stron stosunku prawnego. Celem regulacji art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie obu stronom umowy pewności, że w razie zaistnienia zmiany stosownych przepisów, treść umowy zostanie odpowiednio dostosowana do tej zmiany. Temu służy zawarcie w postanowieniach umowy automatycznych mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Automatyzm tych mechanizmów polega jednak na tym, że konsekwencje dokonanych zmian wynagrodzenia muszą znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy, odpowiednio w terminie, w którym zmiany te weszły

w życie (zob. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2018 r., sygn. akt KIO 1601/18).

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zwrócił również, uwagę, że użyte w treści art. 439 ust. 1 pkt 1 sformułowanie, że w umowie określa się (...) początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia nie stanowi podstawy do wprowadzenia do umów okresów bezwaloryzacyjnych. Sformułowanie to oznacza, że początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia winien zostać określony poprzez wskazanie danego punktu w czasie, który posłuży do oceny zaistnienia zmiany uprawniającej do modyfikacji wynagrodzenia, jak również do ustalenia, czy poziom tej zmiany przekracza wartość wskazaną w umowie. (https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf). Odwołujący dodał, że punkt w czasie określa par. 12 ust. 15 pkt 2 wzoru umowy. Punktem tym jest badany przez GUS kwartał kalendarzowy poprzedzający zmianę umowy.

Odwołujący podnosił również, że wybrany przez Zamawiającego wskaźnik GUS dowodzi także, że w umowie zostały określone okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia. Okresami tymi są okresy kwartalne w ujęciu kalendarzowym, które to ujęcie jest stosowane przez GUS przy obliczaniu poziomu wskaźnika inflacyjnego.

Wobec powyższego, zastrzeżenie zawarte w § 12 ust. 15 pkt 1 wzoru umowy, na mocy, którego waloryzacja może dotyczyć wyłącznie okresu następującego po upływie

6 miesięcy obowiązywania umowy jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania treści umowy oraz zmierza do obejścia przepisów prawa. Opisany sposób formułowania postanowień umownych stanowi obejście prawa, ponieważ skutkuje czasowym uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku stosowania art. 439 Ustawy. Zastrzeżenie dotyczące wyłączenia stosowania art. 439 Ustawy dla pewnych części kontraktu znaczących, np. poprzez wskazanie terminu nie mieści

w granicach swobody określenia zasad, o których mowa w art. 439 Ustawy. Zgodnie

z art. 439 Ustawy zasady aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy powinny być bezpośrednio związane z metodą służącą wykazaniu zmiany cen lub materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Zastrzeżony w umowie okres bezwaloryzacyjny nie służy zbadaniu zmiany cen, ale wyłącznie ma na celu zniesienie obowiązku zmiany wynagrodzenia w oznaczonym okresie – zgodnie z par. 12 ust. 15 pkt 1 wzoru umowy pierwszych sześciu (6) miesięcy obowiązywania umowy. Postanowienie to nie stanowi technicznych zasad, według których strony umowy będą wyliczać/sprawdzać

wysokość wskaźnika warunkującego zmianę wynagrodzenia jako taką, ani też zasad według, których dokonywana będzie zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Postanowienie to stanowi wyłącznie ograniczenie dotyczące momentu, kiedy wykonawca może złożyć wniosek o waloryzację. Zastrzeżenie umowne nie mieści się i nie stanowi zasad zmiany wynagrodzenia, o których mowa w art. 439 ust. 2 Ustawy. Zastrzeżenie to jest dodatkowym warunkiem waloryzacyjnym, który wykracza poza wymogi art. 439 Ustawy. Zastrzeżenie to jest niezgodne z Ustawą i kodeksem cywilnym oraz stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych.

W zakresie powyższego pkt 2)

Odwołujący podnosił, że ustalony we wzorze umowy faktyczny zakaz waloryzacji w okresie stanowiącym 75% czasu trwania umowy (przez 9 z 12 miesięcy obowiązywania umowy), jest sprzeczny z celem art. 439 Ustawy. Ustalenie tak długiego terminu oczekiwania na waloryzację oznacza, że wykonawca samodzielnie finansuje wszelkie zmiany cen

w okresie 3/4 okresu realizacji umowy. Tymczasem postępowania prowadzone jest

w okresie dynamicznych zmian gospodarczych. Powszechnie wiadomym jest, że okresie najbliższego i kolejnego roku nie jest przewidywana stabilizacja gospodarcza. Przeciwnie, analizy podają, że recesja będzie się pogłębiać a wskaźniki makro i mikroekonomiczne nie są stabilne i przewidywalne. W związku z powyższych, urealnienie cen ofertowych i uzyskanie porównywalnych ofert, wymaga zaprojektowania w umowie mechanizmu, umożliwiającego rozsądny podział ryzyk kontraktowych pomiędzy wykonawcą

a Zamawiającym. Projekt umowy takiego mechanizmu nie zawiera. Aktualne postanowienia umowne obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zmian kontraktowych przez kolejne

9 miesięcy realizacji umowy a z uwagi na wysokość wskaźnika warunkującego przeprowadzenie waloryzacji – przez cały okres realizacji zamówienia.

Przepis art. 439 Ustawy zobowiązuje Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podnosił, że przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia nie można przypisać zachowaniu polegającemu na uchylaniu się przez okres 3/4 terminu obowiązywania kontraktu od skutków zjawisk gospodarczych.

Odwołujący podkreślał, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach wymaga, aby zasady (w tym terminy) aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy, jak i Zamawiającego.

W zakresie powyższego pkt 3):

Odwołujący podał, że zmiana wskaźnika inflacji w ujęciu kwartalnym na poziomie przekraczającym 5% jak dotychczas nie występowała. Tak wysoka zmiana wskaźnika nie występowała nawet w okresie nadzwyczajnie wysokiego wzrostu wskaźnika, tj. w 2022 r., czy chociażby w okresie pandemii covid-19. Ponadto tego rodzaju wzrosty nie występowały nigdy w czasie zwykłego (pozbawionego zdarzeń nadzwyczajnych) funkcjonowania gospodarki. W związku z powyższym Odwołujący podnosił, że Zamawiający uzależnia dokonanie zmiany umowy od wystąpienia zjawisk o charakterze siły wyższej, co jest niezgodne z celem art. 439 Ustawy. Odwołujący zwrócił uwagę, że usunięciu skutków oddziaływania siły wyższej na realizację kontraktu służy art. 455 ust. 1 pkt 4 Ustawy a nie art. 439. Określenie wskaźnika wzrostu cen na poziomie charakterystycznym dla zjawiska nadzwyczajnego i nieprzewidywalnego jako warunku waloryzacji służy obejściu przepisów prawa. Warunek ten jest wygórowany i jego wyłącznym celem jest przerzucenie na wykonawcę całkowitego ryzyka zmiany cen na rynku.

Celem art. 439 Ustawy jest ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji. Tym samym poziom wzrostu ustalony w klauzuli, w ocenie Odwołującego, ze względu na ową „niewystępowalność” oraz nadzwyczajność, powoduje, że klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 Pzp i przepisami Kodeksu cywilnego. Tak ustalony wymóg co do wzrostu cen powoduje, że uzyskanie waloryzacji jest niemożliwe. Klauzula zawiera więc warunek niemożliwy do spełnienia. Tego rodzaju zastrzeżenie jest niezgodne z art. 58 kodeksu cywilnego i nadto jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego. Zgodnie z art. 94 ustawy Kodeks cywilny warunek niemożliwy, jak również warunek przeciwny ustawie lub zasadom współżycia społecznego pociąga za sobą nieważność czynności prawnej, gdy jest zawieszający; uważa się za niezastrzeżony, gdy jest rozwiązujący. Wobec powyższego umowa w ogóle nie zawiera wymaganej w art. 439 Ustawy klauzuli waloryzacyjnej.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący przedstawił dane historyczne oraz prognozę inflacji określoną przez NBP dotyczące wskaźnika wybranego przez Zamawiającego.

W podanych informacji wynika, że zmiana wskaźnika na poziomie 5% nie występowała

w przeszłości i nie jest przewidywane, aby wystąpiła w okresie przewidywanego w SWZ terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący zaznaczył także, że z powodu występujących obecnie zjawisk gospodarczych ponoszone przez Odwołującego bezpośrednie koszty wykonania zamówień identycznych co do przedmiotu zamówienia wzrosły na niższym poziomie niż określony przez Zamawiającego we wzorze umowy.

W zakresie powyższego pkt 4)

Proponowana klauzula nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy. Klauzula nie zawiera regulacji o sposobie ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Z tego powodu klauzula ta jest niezgodna z Ustawą. Przywołana klauzula nie odsyła do żadnego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, ani też do innej podstawy, która ma służyć do dokonania zmiany (aktualizacji) wynagrodzenia wykonawcy. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie został w ogóle wskazany klauzuli. Zamawiający poprzestał na sformułowaniu wobec wykonawcy obowiązku wykazania wzrostu kosztów wykonania zamówienia spowodowanej zmianami w cenach. Powyższy obowiązek wykonawcy wynika z par. 12 ust. 15 pkt 5 wzoru umowy.

W zakresie dotyczącym informacji o sposobie ustalenia zmiany wynagrodzenia, Zamawiający poprzestał na ogólnym stwierdzeniu zawartym w par. 12 ust. 15 pkt 4, że zmiana wartości umowy brutto będzie dotyczyła tylko tych cen materiałów lub kosztów, jakie poniesie Wykonawca w związku z wykonywaniem umowy. Przywołane postanowienie, ani żadne inne postanowienie umowne nie zawiera informacji o konkretnej metodzie, która będzie stosowana o obliczenia wysokości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy spełni się określony w umowie warunek zawieszający. Wykonawca na podstawie postanowień umownych nie wie jak zostanie obliczona wysokość waloryzacji. Nie jest również wiadomym jakie kryteria Zamawiający będzie stosował do oceny złożonego wniosku waloryzacyjnego, jakie dokumenty Zamawiający uważa za potwierdzające żądanie sformułowane we wniosku; w jaki sposób ma być wykorzystywana i czemu ma służyć żądana od wykonawcy symulacja wzrostu kosztów. Zamawiający wbrew art. 439 ust. 2 pkt 2 Ustawy

nie wskazał w umowie w sposób jednoznaczny i precyzyjny jaką część zmienionych kosztów wykonania zamówienia będzie finansował.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 2 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. Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 2 w umowie określa się sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia (...).

Klauzula wprowadzona przez Zamawiającego do wzoru umowy nie zawiera takich regulacji.

Na podstawie klauzuli waloryzacyjnej nie wiadomo w jaki sposób i na jakich zasadach wynagrodzenie Wykonawcy zostanie zindeksowane. Sposób waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy nie został wskazany w umowie. Powyższe oznacza, że sposób zostanie wskazany przez Zamawiającego po podpisaniu, albo ustalony przez strony w drodze negocjacji stron. Oba z powyższych sposobów są niezgodne z Ustawą.

Odwolujący zaznaczył, że klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 439 Ustawy nie ma charakteru negocjacyjnego. Klauzula ta musi zwierać jednoznacznie określone miary i wskaźniki, zgodnie z którymi przeprowadzona zostanie indeksacja wynagrodzenia wykonawcy. Ustawa wymaga, aby wskazane parametry (miary i wskaźniki) zostały ujawnione w treści SWZ. Zastosowanie odmiennej interpretacji przepisu art. 439 Ustawy jest sprzeczne nie tylko z jego literalną wykładnią, ale także z art. 454 i 455 Ustawy. Przepisy zakazują bowiem dokonywania dowolnej zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany o charakterze istotnym.

Zgodnie z Dyrektywą Klasyczną Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, z odniesieniem do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej (...). (Preambuła dyrektywy 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna), pkt 111). Ze względu na powyższe niezgodne z prawem jest formułowanie klauzul waloryzacyjnych niedookreślonych, negocjacyjnych lub umożliwiających stronom dowolną konwersję postanowień umowy. Niedopuszczalnym jest więc pozostawianie niedookreślonych, lub nieopisanych elementów klauzuli indeksacyjnej określających sposób wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy po aktualizacji.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 i 3 Ustawy, wykonawca na podstawie postanowień wzorca umowy, powinien uzyskać wiedzę jaki poziom ryzyka związanego ze zmianą poziomu cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia zobowiązany będzie sfinansować samodzielnie, a w której części ryzyka i w jakiej wysokości będzie partycypował Zamawiający. Klauzula zawarta we wzorze umownym nie zawiera tych informacji. Tym samym klauzula sformułowana przez Zamawiającego jest również z tego powodu wadliwa.

Odwolujący podkreślał, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy nie jest dopuszczalne wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne zapisu „otwartego”, umożliwiającego zmianę wynagrodzenia na zasadach ustalonych (sprecyzowanych, zdefiniowanych) przez strony po zawarciu umowy lub jednostronnie przez Zamawiającego. Wprowadzenie do SWZ tego typu „otwartych” postanowień nie stanowi wykonania przez Zamawiającego obowiązków, o których mowa w art. 439 Ustawy. Sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej jak uczynił to Zamawiający jest czynnością sprzeczną z Ustawą, która jako taka wywołuje skutek, o którym mowa w art. 58 § 1 kc. Ponadto sformułowanie takiej klauzuli waloryzacyjnej jest również niezgodne z art. 353(1), gdyż stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, przejawiające się w kształtowaniu niedozwolonych ze względu na przepisy Ustawy klauzul waloryzacyjnych, które nie gwarantują ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron.

Odwolujący zaznaczył równocześnie, że przepis art. 439, w tym także art. 439 ust. 2 Ustawy na charakter ius cogens. Wobec powyższego Zamawiający nie jest uprawniony w drodze jednostronnego oświadczenia lub decyzji zwolnić się z obowiązków sformułowania w treści SWZ postanowień wymaganych dyspozycją przywołanego przepisu.

Odwolujący zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.01.2022 r. (sygn. akt: KIO 3600/21) oraz zawarte w wyroku uzasadnienie zgodnie, z którym: „*Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy*

w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność

w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje

z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił uwagę Urząd Zamówień Publicznych, klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe

i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny,

z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyta, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem

stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych

w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.”

Wobec powyższego Odwołujący wnosil jak na wstępie.

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

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

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania,

o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego

w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi

w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której:

1. uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu pkt II nr 2 lit. b w zakresie w jakim dotyczy zmiany wskaźnika inflacji w ujęciu kwartalnym na poziomie przekraczającym 5%, tj. pkt 2.2.3 uzasadnienia odwołania,

2. wnosil o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Zamawiający podał, że uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu pkt II nr 2 lit. b

w zakresie w jakim dotyczy zmiany wskaźnika inflacji w ujęciu kwartalnym na poziomie przekraczającym 5%, tj. pkt 2.2.3 uzasadnienia odwołania. Wobec braku wskazania w treści zarzutu jednoznacznego odniesienia się do wskaźnika inflacji i w celu uniknięcia wszelkich wątpliwości uwzględnienie zarzutu dotyczy wyłącznie określenia wskaźnika inflacji, o którym mowa w § 12 ust. 15 pkt 2 wzoru umowy. Analiza treści odwołania w tym zakresie wskazuje, że przyjęcie wskaźnika na poziomie wskazanym we wzorze umowy mogłoby prowadzić do braku możliwości zastosowania postanowień waloryzacyjnych podczas realizacji zamówienia.

Jednocześnie nie można uznać wniosku Odwołującego co do określenia wskaźnika na poziomie 0,2%. Określenie wskaźnika na takim poziomie w istocie wypaczałoby sens klauzuli waloryzacyjnej, co wynika z przedstawionych danych w treści odwołania.

Jak wskazał Odwołujący warunek wskazany przez Zamawiającego jest wygórowany i przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen na rynku. Podobnie jest w przypadku wniosku Odwołującego o zmianę zapisu do poziomu wzrostu o 0,2%. Zmiana tak ma jedynie na celu ochronę wykonawcy i nie może zostać uwzględniona.

Zamawiający zaznaczył, że dokona zmiany treści wzoru umowy poprzez określenie poziomu wskaźnika inflacji na poziomie 2 punktów procentowych, a tym zapis § 12 ust. 15 pkt 2 wzoru umowy otrzyma brzmienie:

wartość umowy brutto może ulec waloryzacji, jeżeli wysokość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (opublikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłoszonych w „Monitorze Polskim” Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej) za kwartał poprzedzający kwartał, w którym zmieniana jest umowa, wzrośnie – o więcej niż 2 punkty procentowe;

W pozostałym zakresie Zamawiający uważa, że odwołanie jest niezasadne.

Zamawiający opisał zasady waloryzacji wynagrodzenia w § 12 wzoru umowy, uczynił to zgodnie z przepisami Ustawy PZP uwzględniając aktualną sytuację rynkową oraz czas na jaki zostaje zawarta umowa oraz przede wszystkim własne możliwości w zakresie finansowania zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że usługa sprzątnia ma obejmować czas dłuższy niż

6 miesięcy, ale nie dłuższy niż 12 miesięcy. Bezsprzeczne jest, że Zamawiający zawarł

w umowie postanowienia związane z wypełnieniem obowiązku określonego w art. 439 ust. 1 PZP w zakresie umów na czas dłuższy niż 6 miesięcy. W przepisie tym nałożono bowiem na zamawiającego obowiązek zawarcia w postanowieniach umownych zasad związanych ze zmianą wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w innych przypadkach, niż w tych określonych przepisem art. 436 pkt 4 PZP, tj. dotyczących umów na czas dłuższy niż 12 miesięcy.

Zamawiający nie miał obowiązku zawierania klauzul waloryzacyjnych na podstawie art. 436 ust. 4 lit. b PZP. Wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych w umowie zawieranej na okres krótszy niż 12 miesięcy nie może zatem być postrzegane jako naruszenie art. 436 pkt 4 pkt b w zw. z art. 16 i 17 PZP oraz w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego. Trzeba wyraźnie rozróżnić instytucje uregulowane w art. 436 pkt 4 lit. b PZP oraz w art. 439 PZP. Stanowią one odrębne podstawy do zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Pierwszy z przepisów nakazuje wprowadzenie do umowy na czas dłuższy niż 12 miesięcy postanowień aktualizujących wynagrodzenie wykonawcy w razie zaistnienia okoliczności mających wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, a które następują na skutek zmian powszechnie obowiązującego prawa. Drugi przepis ma za zadanie zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, która może zostać zaburzona w wyniku zmian stosunków gospodarczych, czyli zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (por. wyr. KIO z 2.12.2022 r., KIO 2984/22).

Skoro Zamawiający pomimo braku ustawowego obowiązku wprowadził zasady zmiany wynagrodzenia dotyczące m.in. zmiany stawki podatku VAT, minimalnego wynagrodzenia, składek społecznych oraz PPK to możliwe było wskazanie łącznego limitu dla waloryzacji na podstawie art. 439 PZP oraz zasad waloryzacji, która nie wynika z obowiązku ich zawarcia na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych. Tym samym zarzut w tym zakresie jest zupełnie bezpodstawny, gdyż wprowadzenie zasad waloryzacji w zakresie w przypadku umowy zawieranej na okres

krótszy niż 12 miesięcy – nawet w przypadku wskazania limitu jest korzystny dla wykonawców. Projektowane postanowienia umowy mogłyby nie zawierać klauzul waloryzacyjnych w tym zakresie. Argumentacja odwołania została oparta na błędnym założeniu, że Zamawiający był zobowiązany do wprowadzenia zasad na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b PZP.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów Zamawiający zauważył, że zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 4 PZP miał obowiązek określić maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia jaką zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej. Określanie przez Zamawiającego maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia podyktowane jest m.in. wartością środków jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i dokonane zostało w ramach dyspozycji art. 439 ustawy PZP, który określa obligatoryjne elementy klauzul waloryzacyjnych. Zamawiający to jednostka sektora finansów publicznych, zatem ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jest istotne zwłaszcza z perspektywy prowadzenia gospodarki finansowej przez Zamawiającego. Zamawiający może ustalić tę wartość zarówno jako maksymalny procent liczony od wartości pierwotnego wynagrodzenia, jaki i maksymalną kwotę.

Z przepisów art. 439 ust. 2 w zw. z art. 436 pkt 2 w zw. z art. 431 PZP nie wynika, że zamawiający ma obowiązek zastosować wskaźnik wzrostu wynagrodzeń do zasad zmiany wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, jak też nie wynika z nich, że wzrost zastosowanego wskaźnika ma się przekładać automatycznie w takiej samej wysokości na zmianę tego wynagrodzenia. W szczególności w art. 439 ust. 2 pkt 4 PZP ustawodawca wskazał, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia (wyrok KIO z 4 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 3579/21).

W zakresie zarzutu wadliwego określenia we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego. Opisane przez Zamawiającego zasady waloryzacji odpowiadają wymogom ustanowionym w przepisach PZP, są zatem opisane prawidłowo.

Zamawiający ma pełne prawo określać w umowie okresy waloryzacji co jest motywowane okresem na jaki jest zawarta umowa czyli okres jednego roku. Zamawiający stoi na stanowisku że wykonawca jako profesjonalny podmiot szacujący i prognozujący zmienne na rynku zamówień jest w stanie oszacować należycie pierwsze 6 miesięcy świadczenia usługi wraz z potencjalnym ich wzrostem. Dotyczy to prognoz inflacyjnych w zakresie kosztów materiałów oraz w szczególności prognoz pozostałych kosztów w tym w szczególności kosztów pracy. Zamawiający zaznaczył, że wiedza o wysokości minimalnego wynagrodzenia w roku 2024 jest aktualnie znana uczestnikom rynku w tym Odwołującemu i powinien ją uwzględnić w szacunkach swojej oferty.

Zgodnie art. 439 ust. 1 PZP wprost wynika że klauzule waloryzacyjne zastrzega się jeżeli okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy. Zamawiający wywodzi że celem ustawodawcy wprowadzenie przepisu było uregulowanie okresu, który te 6 miesięcy przekracza. Co za tym idzie koszty ponoszone przez wykonawcę w okresie świadczenia usług nie przekraczającym pierwszacy 6 miesięcy powinny być oszacowane z należytą starannością przez Wykonawców.

Tym samym nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający ustanowił okresy bez waloryzacyjne Zamawiający uznaje za bezpodstawny.

Stanowisko takie znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z 6 maja 2022 r, sygn. akt KIO 1048/22, w który Izba stwierdziła, że przepis art. 439 ust. 1 PZP nie określa momentu, w którym wykonawca po raz pierwszy może wystąpić z żądaniem i okresów,

w których może następować taka zmiana. Przeciwnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 PZP wynika, że to zamawiający w umowie określa początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia i z art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy wynika, że zamawiający określa okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Ustawodawca pozostawił sposób regulacji zamawiającemu.

Zarzut Odwołującego, że klauzula waloryzacyjne zastrzeżona przez Zamawiającego nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 PZP należy zdaniem Zamawiającego uznać za nieuzasadniony.

Obligatoryjne elementy, z jakich powinno składać się postanowienie waloryzacyjne, zostały określone w art. 439 ust. 2 PZP. W ramach zakreślonych w nim zasad zamawiający może swobodnie kształtować postanowienia waloryzacyjne. Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia, dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia (por. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 84).

Wbrew twierdzeniu Odwołującego Zamawiający zawarł we wzorze umowy wszelkie zasady ustalania wysokości waloryzacji, do których był zobowiązany przepisami prawa.

Aby zastosować klauzulę waloryzacyjną nie jest wystarczający sam wzrost cen materiałów lub kosztów. Niezbędne jest także ustalenie wpływu zmiany cen użytych do realizacji zamówienia materiałów lub kosztów na ustalone w umowie wynagrodzenie. Wykazanie spoczywa na stronie która wnioskuje o waloryzację czyli na wykonawcy, ma on w tym zakresie swobodę dowodzenia okoliczności na które się powołuje. Co za tym idzie metoda ustalenia zmiany cen na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę nie jest wyznaczana przez Zamawiającego, jest to obowiązek wyłącznie wykonawcy, który jako profesjonalny uczestnik rynku szacuje rentowność własnej działalności. Dobór metod którymi będzie posługiwać się wykonawca uwiarygadniając wniosek waloryzacyjny nie jest ograniczony w umowie przez Zamawiającego. Zgodnie z art.439, Zamawiający zawarł w klauzuli waloryzacyjnej opisanej wzorem umowy wszystkie wymogi które zgodnie z tym przepisem zobowiązany jest zawrzeć.

Nie jest prawdziwym twierdzenie, że wysokość waloryzacji będzie ustalał Zamawiający, w umowie wyraźnie wskazano zasady w której waloryzacja będzie się odbywać, które określa w sposób wyczerpujący § 12 ust. 15 wzoru umowy.

Zdaniem Zamawiającego wszelkie podniesione w sprawie zarzuty, poza uwzględnionym procentowym określeniem wysokość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych o którym mowa w § 12 ust. 15 pkt 2 wzoru umowy, odwołania są chybione, a Zamawiający nie dopuścił się zarzucanych nieprawidłowości.

W związku z powyższym Zamawiający wnosił jak na wstępie.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu 2b petitum odwołania, to jest naruszenia art. 439 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i art. 353(1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego.

Izba uznała, że odwołanie w pozostałym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

ZARZUT OKREŚLENIA MAKSYMALNEJ WARTOŚCI ZMIANY WYNAGRODZENIA
W KALUZJLI UMOWNEJ, O KTÓREJ MOWA W ART. 436 PKT 4 PPKT B USTAWY PZP
Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 436 pkt 4b ustawy Pzp umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy:

b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572)

– jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Nie było sporne między Stronami, że w przedmiotowym postępowaniu umowa nie będzie przekraczała okresu 12 miesięcy. Jak celnie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, wobec powyższego, nie było on zobowiązany do stosowania art. 436 pkt 4b ustawy Pzp wprost. Zamawiający, bazując jednak na treści przywołanej regulacji, postanowił, że poza ustawowym obowiązkiem określenia zasad waloryzacji, będzie jej dokonywał także w przypadkach podanych w § 12 wzoru umowy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że skoro nie jest on zobowiązany do stosowania określonego przepisu, nie może być mowy o stwierdzeniu jego naruszenia. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy dodatkowe przesłanki, które będą umożliwiały Wykonawcy waloryzację wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. Zamawiający bazował na brzmieniu przywołanej regulacji ale nie powtórzył jej we wzorze umowy wprost. Zamawiający określił samodzielnie, wzorując się na określonym przepisie, w jakich sytuacjach Wykonawcom będzie przysługiwała waloryzacja wynagrodzenia. Skoro więc Zamawiający nie miał obowiązku wprowadzenia do wzoru umowy zasad waloryzacji opisanych w art. 436 pkt 4b ustawy Pzp, to miał zatem możliwość określenia dodatkowych zasad, w ramach których dokonywał będzie oceny zasadności wniosków waloryzacyjnych. Taką zasadą jest w ocenie Izby wprowadzenie limitu sumarycznej wartości zmiany wartości umowy brutto. Owszem, w przypadku stosowania wprost przywołanego przepisu, ustawa Pzp nie dopuszcza limitowania zmian wynagrodzenia związanego z wystąpieniem okoliczności niezależnych od wykonawców, ale Zamawiający, nie będąc zobowiązanym do stosowania reguł określonych w ustawie Pzp, miał prawo samodzielnie określić przesłanki, według których zmiana wynagrodzenia w określonych przypadkach będzie miała miejsce.

Odwolujący w żaden sposób nie wykazał, że takie ukształtowanie zapisów wzoru umowy narusza równowagę stron lub stanowi przekroczenie uprawnień przysługujących Zamawiającemu. Izba nie podziela opinii Odwołującego, że skoro Zamawiający posiłkował się treścią określonego przepisu, choć nie był zobowiązany do jego stosowania, to wówczas winien on stosować wszystkie reguły wynikające z treści danej regulacji. Nie można Zamawiającemu czynić zarzutu, że rozszerzył we wzorze umowy uprawnienia przysługujące Wykonawcom, umożliwiając zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia elementów nie objętych regulacją ustawową.

Dodatkowo, dostrzeżenia wymagają, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wiarygodnie uzasadnił, dlaczego postanowił wprowadzić kwestionowany limit, podając, że mamy do czynienia z *jednostką sektora finansów publicznych, zatem ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jest istotne zwłaszcza z perspektywy prowadzenia gospodarki finansowej przez Zamawiającego.*

Warto także zaznaczyć, że ogóle zasady waloryzacyjne, opisane w art. 439 ustawy Pzp uprawniają zamawiających do określenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszczają w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Tym samym Zamawiający kierując się zasadami ogólnymi, w ocenie Izby uprawniony był do zastosowania kwestionowanego w odwołaniu limitu.

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie waloryzacyjnych postanowień umownych w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego

tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty, a jednocześnie ustalone zasady nie naruszały istotnych interesów drugiej strony umowy. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do tego rodzaju naruszeń,

a Zamawiający przekroczył przysługujące mu uprawnienia, czyniąc ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

ZARZUT WADLIWEGO OKREŚLENIA WE WZORZE UMOWY ZASAD DOTYCZĄCYCH ZASAD WPROWA
ZMIAN WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY
W PRZYPADKU ZMIAN CEN MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW ZWIĄZANYCH
Z REALIZACJĄ ZAMÓWIENIA.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

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

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

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

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.

Z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że w umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia (...).

W ocenie Izby z treści przywołanych przepisów wynika, że w umowie określa się początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Izba nie podziela zapatrywań Zamawiającego, pośrednio wynikających z odpowiedzi na odwołanie, że terminem tym jest właśnie upływ 6 miesięcy, w trakcie których waloryzacja wynagrodzenia nie przysługuje.

Tym niemniej, jak stanowi przepis ustalenie terminu początkowego jest uprawnieniem zamawiającego. Ustawodawca wprost pozostawił sposób regulacji zamawiającemu. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku możliwości ustalenia okresów, w których będzie następować zmiana wynagrodzenia. Początkowy termin uprawniający do zmiany nie musi nastąpić od razu po podpisaniu umowy, może być terminem późniejszym, może być także krótszy niż 6 miesięcy. Ważne jest, by zamawiający przysługujących mu uprawnień nie nadużywał, czyniąc możliwość ubiegania się o waloryzację wynagrodzenia iluzoryczną.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wprowadził zasadę, że w pierwszych 6 miesiącach nie można dokonać waloryzacji wynagrodzenia. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu szeroko rozwodził się nad orzecznictwem, które niestety nie dotyczy treści art. 439 ustawy Pzp. Poza tym wskazywał na przekroczenie przez Zamawiającego uprawnień oparte na naruszeniu przepisów kodeksu cywilnego. Niestety z uzasadnienia zarzutu nie wynika, dlaczego takie działanie stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych. Odwołujący w ocenie izby w żaden sposób zasadności swoich twierdzeń nie wykazał.

W opozycji do wywodów Odwołującego, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie słusznie podkreślił, że wykonawca składając ofertę jest w stanie dokonać szacowania ryzyka wystąpienia zmian mających wpływ na koszty w okresie pierwszych 6 miesięcy umowy oraz, że może te elementy ująć w cenie ofertowej. Przedmiotowa umowa zawierana jest na stosunkowo krótki czas. Izba wyraża przekonanie, że Odwołujący jako profesjonalista powinien w dacie składania oferty uwzględnić bieżącą sytuację rynkową, znane czynniki, które mogą spowodować wzrost kosztów wykonania przedmiotu zamówienia (choćby wzrost płacy minimalnej). Natomiast klauzule waloryzacyjne mają służyć dopuszczeniu możliwości zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w związku ze zmianami cen materiałów i kosztów następującymi już po dacie zawarcia umowy, których przy dochowaniu należytej staranności nie dało się nawet w przybliżony sposób oszacować i zidentyfikować w momencie składania oferty. Celem wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych nie jest umożliwienie składania wykonawcom ofert z niskimi cenami, nie gwarantującymi pokrycia kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, a następnie dopuszczenie

z momentem dnia podpisania umowy składania wniosków o waloryzację wynagrodzenia.

Dlatego też Izba uznała, że wprowadzony zapis umowny nie narusza przepisów wskazanych w odwołaniu.

Przechodząc do analizy zasadności zarzutu, czy wzór umowy zawiera wszystkie niezbędne elementy związane ze sposobem ustalenia zmiany, Izba nie podzieliła argumentacji odwołania.

W ocenie Izby Zamawiający w wystarczający sposób uregulował elementy odnoszące się do możliwości ustalenia zmiany wynagrodzenia.

Zamawiający podał, że wartość umowy brutto może ulec waloryzacji, jeżeli wysokość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (opublikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłoszonych w „Monitorze Polskim” Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej) za kwartał poprzedzający kwartał, w którym zmieniana jest umowa, wzrośnie – o określoną ilość punktów procentowych. Następnie Zamawiający zaznaczył, że Wykonawca będzie musiał wykazać, że wzrost wskaźnika wpłynął na koszty wykonania przedmiotu zamówienia, a sama zmiana będzie mogła dotyczyć tylko cen materiałów lub kosztów poniesionych w związku z wykonywaniem umowy. Zamawiający określił, że podstawą dokonania waloryzacji będzie złożenie wniosku, w którym Wykonawca powinien uzasadnić konieczność wprowadzenia zmian i szczegółowo je opisać. Wniosek ma także zawierać *szczegółową kalkulację i symulację wzrostu kosztów mających wpływ na wysokość wartości umowy brutto oraz dokumenty, które potwierdzą dane zawarte we wniosku.*

Zdaniem Izby wiadomym jest jaki zakres stanowi przedmiot zamówienia. Wziąć pod uwagę należy, iż Odwołujący nie kwestionuje opisu przedmiotu zamówienia, tym samym ustalone jest jakie pomieszczenia z jakimi materiałami wyczerpują zakres przedmiotowy obowiązków umownych Wykonawcy. Opis przedmiotu zamówienia zawiera charakterystykę poszczególnych jednostek, w których Wykonawca będzie wykonywał przedmiot umowy. Obowiązkiem wykonawcy z momentem podpisania umowy będzie złożenie wykazu preparatów i kart charakterystyk. Wykonawca wie także w jakiej ilości personelem musi dysponować i na jakich zasadach personel ten ma być zatrudniony. Opis przedmiotu zamówienia odnosi się także do zapewnienia profesjonalnego sprzętu i wyposażenia oraz środków chemicznych, myjących, czyszczących, dezynfekujących, i toaletowych w ilościach niezbędnych do utrzymania obiektów w stałej czystości, w tym także worków na śmieci

i worków do niszczarek. Zamawiający podał również liczbę osób zatrudnionych

w poszczególnych jednostkach oraz liczbę podatników korzystających z jednostek Zamawiającego. W ocenie Izby bez pokrycia pozostają twierdzenia odwołania, że nie jest możliwe zidentyfikowanie cen i kosztów jakich materiałów poniesionych w związku

z wykonywaniem umowy mogą dotyczyć zmiany. Te elementy Wykonawca musi wziąć pod uwagę szacując cenę oferty, co oznacza, że jeżeli cena lub ich koszt ulegną zmianie

o określoną ilość punktów procentowych, a Wykonawca wykaże, że ma to wpływ na wysokość wynagrodzenia, uprawniony będzie do złożenia wniosku o waloryzację. Natomiast w zakresie środków dowodowych Zamawiający zostawia Wykonawcom dowolność. Skład orzekający Izby uważa, że elementy opisane przez Zamawiającego we wzorze umowy wypełniają obowiązki wynikające z art. 439 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie zostały przez Zamawiającego naruszone zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidziane w art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wprowadzone zasady waloryzacji są jednakowe dla wszystkich wykonawców zainteresowanych przedmiotowym postępowaniem, żadnego z podmiotów nie stawiają w uprzywilejowanej sytuacji, Zamawiający w jednakowy sposób będzie dokonywał oceny podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i oddaliła odwołanie w całości.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....