Sygn. akt: KIO 400/23

WYROK
z 27 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 27 lutego 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 lutego 2023 r. przez wykonawcę: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie działającego w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie im. prof. T.S. z siedzibą w Szczecinie, przy udziale wykonawców:

1.Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,
2.Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie,
3.Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1.Oddala odwołanie w zakresie zarzutów nr 3, 4, 7 w części dotyczącej § 22 ust. 15, § 37 ust. 1 pkt 22 oraz § 42 Wzoru Umowy (Załącznik nr 2 do Specyfikacji warunków zamówienia) oraz zarzutu nr 8.
2.W pozostałym zakresie umarza postępowanie.
3.Kosztami postępowania obciąża odwołującego: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i:
3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
3.2zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie działającego w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie im. prof. T.S. z siedzibą w Szczecinie kwotę 4 152 zł 00 gr (cztery tysiące sto pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) jako zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia, noclegu i dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 400/23

U z a s a d n i e n i e

Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie działającego w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie im. prof. T.S. z siedzibą w Szczecinie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa budynku kliniczno-dydaktyczno-badawczego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu przy ul. Unii Lubelskiej w Szczecinie”, numer referencyjny: DZP-240/3/PN/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 025-071614.

13 lutego 2023 r. wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie dotyczące niezgodnego z przepisami sformułowania warunków zamówienia zarzucając Zamawiającemu:

1.nieproporcjonalne oraz nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego ustalenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie:
i.doświadczenia Inżyniera systemu BMS przez wymaganie przedstawienia wyłącznie doświadczenia zawodowego nabytego podczas pełnienia funkcji Koordynatora lub Kierownika budowy, z wyłączeniem możliwości wykazania doświadczenia nabytego jako kierownik robót elektrycznych, oraz
ii.doświadczenia Projektanta Głównego (Koordynatora Zespołu Projektantów) przez wymaganie wykazania

doświadczenia nabytego wyłącznie przy budowie, przebudowie lub rozbudowie laboratoriów, wyłączeniem możliwości wykazania doświadczenia nabytego przy projektowaniu innych pomieszczeń o podwyższonej sterylności oraz wprowadzenie wymagania przedstawienia wyłącznie projektów, które zostały wybudowane i uzyskały ostateczne lub prawomocne pozwolenie na użytkowanie;

2. nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia przez nałożenie obowiązku wykonania:
   i. instalacji tlenu i instalacji gazów medycznych z rur miedzianych określonej kategorii oraz uzyskania certyfikacji pojedynczych elementów, a nie certyfikacji całych instalacji tlenu i gazów medycznych;
   ii. wykonania poczty pneumatycznej w formie rozszerzenia istniejącej instalacji poczty pneumatycznej Sumetzberger w sytuacji, gdy systemy poczty w nowym budynku i istniejącym szpitalu nie będą zintegrowane;
3. nieprawidłowy opis sposobu obliczenia ceny przez ustalenie w formularzu oferty nieadekwatnego do specyfiki zamówienia i charakteru wynagrodzenia limitu za wykonanie Dokumentacji projektowej;
4. wyznaczenie terminu składania i otwarcia ofert na dzień 3 marca 2023 r. mimo, że w tym terminie nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert z uwagi na zakres i formułę realizacyjną niniejszego zamówienia („zaprojektuj i buduj");
5. zastrzeżenie osobistego wykonania przez konsorcjanta części zamówienia, w odniesieniu do których doświadczenie lub kadra konsorcjanta zostały wskazane w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI SWZ;
6. nieprawidłowy (tj. z pominięciem warunków rynkowych i potrzeb Zamawiającego) opis kryterium równoważności przez dopuszczenie rozwiązań równoważnych w zakresie parametrów wyrażonych liczbowo z tolerancją ograniczoną do +1- 3%;
7. ukształtowanie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (tj. postanowień projektu umowy) w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współżycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane;
8. przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów selekcji oraz postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany treści ogłoszenia i SWZ, w tym warunków przyszłej umowy w sposób opisany w uzasadnieniu odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z 23 lutego 2023 r. Zamawiający oświadczył o uwzględnieniu części zarzutów i zadeklarował zamiar dokonania wynikających z tego oświadczenia zmian SWZ oraz załączników do SWZ.

W konsekwencji w toku posiedzenia z udziałem stron Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów odwołania za wyjątkiem:

a) Zarzutu nr 3 - zarzutu naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp przez nieprawidłowe rozbicie w formularzu oferty wynagrodzenia, tj. ustalenie zaniżonego limitu (1,2%) za wykonanie prac projektowych,

b) Zarzutu nr 4 – zarzutu naruszenia art. 16 Pzp pkt 1-3 w zw. z art. 131 ust. 1 i art. 138 ust. 1 Pzp przez wyznaczenie terminu składania i otwarcia ofert na dzień 3 marca 2023 r. mimo, że w tym terminie nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert z uwagi na zakres i formułę realizacyjną niniejszego zamówienia („zaprojektuj i buduj"),

c) Zarzutu nr 7 – zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 433 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 Kc, art. 483 § 1 Kc i art. 5 Kc (oraz pozostałych przepisów Pzp i Kc wskazanych w uzasadnieniu odwołania) przez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę swobody umów, zasady współżycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron, przez ustalenie w:

   A. § 22 ust. 15 obowiązku pokrycia przez Wykonawcę kosztów badań jakości materiałów wykonanych na każde żądanie Zamawiającego,

B.§ 37 ust. 1 pkt 22 wysokiej kary (40 000 zł) za każdy przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom,

C.§ 42:

- limitu waloryzacji na poziomie 5% wynagrodzenia Wykonawcy netto,
- dokonywanie pierwszej waloryzacji po upływie 6 miesięcy waloryzacji,
- klauzula waloryzacyjna nie jest automatyczna (wymagany jest aneks do umowy),
- ograniczenie waloryzacji jedynie do robót mieszczących się w terminie realizacji,

d)Zarzutu nr 8 – zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów selekcji oraz postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący, biorąc pod uwagę zmiany SWZ i Wzoru Umowy wynikające z oświadczenia Zamawiającego o częściowym uwzględnieniu odwołania, w zakresie tych zarzutów wniósł
o wprowadzenie następujących zmian SWZ i Wzoru Umowy:

1. Zarzut nr 3 - podwyższenie w pkt 1 formularza oferty limitu ceny za wykonanie prac projektowych do 5%. tj. nadanie następującego brzmienia zastrzeżeniu zamieszczonym pod tabelą „*Nie więcej niż ~~1,2%~~ 5% całkowitej ceny oferty brutto”.
2. Zarzut nr 4 - wydłużenie terminu składania i otwarcia ofert do dnia 18 kwietnia 2023 r. (pkt IV.2.2 i pkt IV.2.7 ogłoszenia oraz rozdział XII ust. 1 i ust. 5) SWZ.
3. zarzut nr 7:

A.nadanie § 22 ust. 15 następującego brzmienia: „Koordynator IN lub Inspektor Nadzoru może w każdym czasie żądać od Wykonawcy wykonania i przedłożenia odpowiednich badań dotyczących jakości materiałów, które mają być użyte przy realizacji przedmiotu Umowy, wykonanych przez Laboratorium, o którym mowa w ust. 14 ~~Badania zostaną wykonane na koszt Wykonawcy, w terminie wyznaczonym przez Koordynatora IN lub Inspektora Nadzoru, uwzględniającym czas niezbędny na wykonanie badań~~Wykonawca ponosi koszt badań, których wyniki nie potwierdzą wymaganej jakości materiałów. W sytuacji gdy badania potwierdzą wymaganą jakość materiałów koszt badania ponosi Zamawiający”,

B.nadanie § 37 ust. 1 pkt 22 następującego brzmienia: „w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom - w wysokości 2 000,00 (dwa tysiące) złotych za każdy przypadek takiego naruszenia”,

C.zmianę § 42 polegającą na:

- ustaleniu limitu waloryzacji na poziomie 25% wynagrodzenia Wykonawcy netto;
- wprowadzeniu zasady, zgodnie z którą waloryzacja może zostać dokonana począwszy od pierwszej płatności;
- skreśleniu postanowienia przewidującego waloryzację jedynie do robót mieszczących się w terminie realizacji.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:
Zarzut nr 3
W pkt 1 formularza oferty Zamawiający dokonał rozbicia ceny, tj. wyodrębnił cenę
za wykonanie prac projektowych, nadzór autorski nad realizacją robót oraz wykonanie cyfrowego modelu powykonawczego obiektu (model BIM), zastrzegając, że wartość tych prac nie może stanowić więcej niż 1,2% całkowitej ceny oferty brutto.
Przepisy Pzp nie regulują kwestii sposobu określania wynagrodzenia należnego wykonawcy,
w tym nie określają obowiązkowych zasad dotyczących dokonywania przez Zamawiającego opisu sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę. Jednakże sposób obliczenia ceny powinien być dostosowany do specyfiki danego zamówienia oraz rodzaju wynagrodzenia przewidzianego przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umownych.
Ustalony przez Zamawiającego limit wartości prac projektowych całkowicie pomija fakt,

że większość wykonawców nie posiada własnego biura projektowego i zmuszona jest
do nabywania tego typu usługi na rynku zewnętrznym. W związku z tym, z dużym prawdopodobieństwem, niemożliwe będzie uzyskanie świadczenia o należytej jakości
w ramach limitu ustalonego przez Zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, że w ramach tego zamówienia konieczne będzie wykonanie zamiennego projektu budowlanego oraz projektów wykonawczych i uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę, a następnie zapewnienie nadzoru autorskiego (§ 3 ust. 1 i ust. pkt 1 Wzoru Umowy).
Zamawiający wymaga wykonania modelu BIM dotyczącego obiektów będących przedmiotem Umowy (§ 3 ust. 2 pkt 6 Wzoru Umowy). Zastosowanie modelowania BIM w istotny sposób podwyższa koszty prac projektowych.
Jednocześnie powyższy limit jest sprzeczny z zasadami ustalania wartości prac projektowych określonymi w przepisach rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r.
w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U.2021.2458). Zgodnie z § 10 ust. 1
rozporządzenia, planowane koszty prac projektowych oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego i planowanych kosztów robót budowlanych, według wzoru: WPP = W% x WRB,
w którym poszczególne symbole oznaczają: WPP - planowane koszty prac projektowych;
W% - wskaźnik procentowy; WRB - planowane koszty robót budowlanych.
Natomiast wysokość wskaźnika procentowego (W) ustalono w pkt 1 Załącznika nr 1
do ww. rozporządzenia. W przypadku tego zamówienia dla budynku, który należałoby zaliczyć
do kategorii VI, przy zakładanej wartości inwestycji powyżej 200 000 000,00 zł, wskaźnik procentowy (W) wynosi odpowiednio 5,7%.
Z tych względów uzasadniony jest wniosek Odwołującego o podwyższenie limitu prac projektowych ustalonego przez Zamawiającego.
Zarzut nr 4
Zamawiający wyznaczył termin składania i otwarcia ofert na dzień 3 marca 2023 r.
(po częściowym uwzględnieniu odwołania – na 20 marca 2023 r. – Odwołujący podtrzymał swoją argumentację) mimo, że w tym terminie nie jest możliwe rzetelne przygotowanie
i skalkulowanie ofert z uwagi na zakres i formułę realizacyjną niniejszego zamówienia („zaprojektuj i buduj").
Aktualny termin składania ofert jest zatem nierealny. Termin ten nie uwzględnia czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty, a w konsekwencji ogranicza krąg potencjalnych oferentów.
Zgodnie z art. 131 ust. 1 Pzp, Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania
i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone.
Powyższy przepis „ma charakter gwarancyjny i zobowiązuje zamawiających do uwzględnienia przy wyznaczaniu terminów złożoności zamówienia, a także czasu potrzebnego
na sporządzenie ofert. Terminy powinny być zatem ustalane indywidualnie, w zależności
od rodzaju udzielanego zamówienia, oraz powinny uwzględniać przy szacowaniu ich długości daty kalendarzowe, np. okresy świąt państwowych, które faktycznie ograniczą czas przeznaczony na przygotowanie oferty. Ustalenie właściwego terminu składania ofert zwiększa szanse zamawiającego na osiągnięcie większej konkurencyjności ofert" (Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., Prawo zamówień publicznych, Komentarz aktualizowany, Lex).
Zamawiający w niniejszym postępowaniu konsekwentnie pominął tę dyrektywę.
Zarzut nr 7
Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji warunków zamówienia, która zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP powinna zawierać postanowienia projektowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże swoboda Zamawiającego
w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna. Zamawiający nie może bowiem nadużywać swojego prawa podmiotowego. W konsekwencji postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony (Zamawiający)
lub nakładać same obowiązki tylko na drugą stronę (Wykonawca). Powyższe wynika z zasady swobody umów określonej w art. 353^1 Kc, zgodnie z którą treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego).
Zaskarżone postanowienia umowne naruszają wprost przepisy kodeksu cywilnego i/lub przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w odwołaniu oraz kształtują uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku

do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
W ocenie Odwołującego, Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia umowy
z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych. Z uwagi na powyższe uzasadnione i konieczne jest wprowadzenie zmian postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób zaproponowany przez Odwołującego.
§ 22 ust. 15 Wzoru Umowy
Zgodnie z § 22 ust. 15 Wzoru Umowy, Koordynator IN lub Inspektor Nadzoru może w każdym czasie żądać od Wykonawcy wykonania i przedłożenia odpowiednich badań dotyczących jakości materiałów, które mają być użyte przy realizacji przedmiotu Umowy, wykonanych przez laboratorium. Badania, bez względu na ich wynik, będą wykonywane na koszt Wykonawcy. Powyższe uprawnienie Zamawiającego nie jest w żaden sposób limitowane (rodzajem materiałów, liczbą kontroli), co powoduje, że nie jest możliwe oszacowanie wielkości tych kosztów na etapie przygotowywania oferty. Jednocześnie przerzucenie w całości kosztów tych badań na Wykonawcę może spowodować opóźnienia w realizacji prac (np. z uwagi
na konieczność wstrzymania prac do czasu otrzymania wyników badań) oraz spowodować znaczne koszty po stronie Wykonawcy.
W celu zatem wyważenia interesów obydwu stron uzasadniona jest modyfikacja zaskarżonego postanowienia umownego wprowadzająca zasadę, zgodnie z którą koszt dodatkowych badań ponosi ta strona, której stanowisko nie zostało potwierdzone przez wynik badań.
§ 37 ust. 1 pkt 22 Wzoru Umowy
Zgodnie z § 37 ust. 1 pkt 22 Wzoru Umowy, Zamawiającemu przysługuje kara umowna
w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom - w wysokości 40 000,00 (czterdziestu tysięcy) złotych za każdy przypadek takiego naruszenia (po zmianie wynikającej
z częściowego uwzględnienia odwołania – 20 000 zł).
Ustalenie kary umownej ww. wysokości z tytułu nieterminowej zapłaty podwykonawcy stanowi sankcję niewspółmierną i nieproporcjonalną do przedmiotu zamówienia. Kara ww. wysokości zostanie naliczona zatem również w przypadku 1- czy 2-dniowego opóźnienia w zapłacie. Kara umowna w takich przypadkach, zamiast więc pełnić funkcję zryczałtowanego odszkodowania, będzie źródłem nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest obniżenie kary umownej z tego tytułu do racjonalnej wysokości.
§ 42 Wzoru Umowy
Zasady waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy ustalone w § 42 Wzoru Umowy, nie zapewniają utrzymania wartości wynagrodzenia Wykonawcy w czasie, w szczególności
z uwagi na ustalenie zbyt niskiego limitu waloryzacji (do 5% wynagrodzenia netto), który nie uwzględnia dynamiki wzrostu cen w branży budowlanej.
Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia powinna być natomiast ustalona na takim poziomie, aby zapewnić ekwiwalentności świadczeń stron. Powyższe ograniczenie nie zapewnia ekwiwalentności, ponieważ nie uwzględnia poziomu inflacji oraz wzrostu kosztów realizacji obiektów kubaturowych.
Według danych za wrzesień 2022 r. inflacja roczna osiągnęła 17,2%. Ten poziom zanotowano
w Polsce ostatnio w 1997 r. (Wszystkie dane i zestawienia dotyczące inflacji, poziomu wzrostu cen w sektorach i kosztów realizacji inwestycji budowlanych wskazane w niniejszym odwołaniu pochodzą z „Raportu o kosztach w budownictwie 2020-2022" opracowanego przez CAS (Contract Advisory Services, 2022). Natomiast największe wzrosty kosztów dotknęły inwestycje drogowe - średnio łącznie wzrosty one o 41,39% i inwestycje kubaturowe - 38,98%. Istotnie wzrosły również ceny materiałów budowlanych.
W zaskarżonym postanowieniu umownym maksymalny limit zmian wynagrodzenia ustalono
na poziomie 5% wynagrodzenia wykonawcy, co w dacie kalkulowania oferty i zawierania umowy, z uwagi na przedstawione tendencje rynkowe, jest niewystarczające przy założeniu utrzymania lub nawet spadku dynamiki wzrostu cen i poziomu inflacji. Maksymalny limit waloryzacji ustalony w postępowaniu nie uwzględnia zatem tendencji rynkowych jest nieracjonalny. W tym postępowaniu z uwagi na ustalenie limitu waloryzacji na tak niskim poziomie Zamawiający przerzucił na wykonawców prawie w całości ryzyko wzrostu cen. Taki sposób sformułowania klauzuli waloryzacyjnej stanowi naruszenie zasady proporcjonalności
i wykorzystanie dominującej pozycji Zamawiającego jako organizatora przetargu. Jednocześnie stanowi przekroczenie granic swobody umów oraz naruszenie właściwości stosunku zobowiązaniowego. Zamawiający powinien formułować postanowienia przyszłej umowy w sposób, który nie ogranicza kręgu potencjalnych wykonawców oraz umożliwia osiągnięcie korzystnych cenowo ofert. Celom tym nie służy przerzucanie całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, tak jak to czyni Zamawiający w niniejszym postępowaniu

m.in. przez zaskarżone postanowienie umowne, które obarcza wykonawców kosztami zdarzeń pozostających całkowicie poza strefą ich wpływów (tj. wzrost cen poszczególnych materiałów i usług budowlanych, ogólny poziom inflacji).
Ponadto z uwagi na realia rynkowe nieuzasadnione jest ustalenie tak odległego terminu początkowego waloryzacji, tj. 6 miesięcy od daty zawarcia umowy. Analiza przedstawionych powyżej danych wskazuje, że w 2022 r. w ciągu jednego miesiąca występowały wzrosty cen materiałów o kilkadziesiąt lub nawet kilkaset procent w ciągu miesiąca oraz tzw. „ceny dnia" (oferty ważne tylko do końca dnia). W celu zatem ograniczenia ryzyk spowodowanych tego typu okolicznościami uzasadnione jest wprowadzenie zapisu, który umożliwi waloryzację
od daty zawarcia umowy. Z uwagi na powyższe zapisy klauzuli waloryzacyjnej powodują pozorność waloryzacji i nie zapewniają pokrycia realnego zwiększenia kosztów wykonywania kontraktu.
W szczególności maksymalna łączna wartość korekt w żaden sposób nie zabezpiecza interesów wykonawców.
W konsekwencji na wykonawcy spoczywa pełne ryzyko zmiany kosztów związanych
z realizacją zamówienia, co naraża go na straty wynikające z realizacji umowy
za wynagrodzeniem, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów świadczenia robót.
Zarzut nr 8
Zakres naruszeń podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych został omówiony
w ramach pozostałych zarzutów.
W złożonej 23 lutego 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, w zakresie podtrzymanych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający wskazał:
Zarzut nr 3
Przedmiot zamówienia nie obejmuje zaprojektowania nowego obiektu, a jedynie przeprojektowanie ostatnich kondygnacji wraz ze zmianą funkcji pomieszczeń. Nie można zatem wycenić takiego zakresu prac projektowych w sposób tożsamy, jak w przypadku projektowania nowego obiektu. Ustalony przez Zamawiającego limit wynagrodzenia Wykonawcy został określony na podstawie szacowania kosztów sporządzonego przez biuro projektowe, które jest autorem PFU, w odniesieniu do zakresu prac projektowych, które mają być przedmiotem zamówienia oraz z uwzględnieniem wynagrodzenia za nadzór autorski
i wykonanie modelu BIM.
Limit ten ustalany jest na potrzeby rozliczeń kontraktowych i ma służyć temu, aby Wykonawca w sposób nieuzasadniony nie dążył do zawyżania płatności częściowych ustalanych
w pierwszym okresie obowiązywania umowy, co jest nagminną praktyką wykonawców,
w przypadku braku tego rodzaju ograniczeń.
Zarzut nr 4
Zamawiający uwzględnia zarzut i żądanie Odwołującego w części, tj. w ten sposób, że dokona modyfikacji SWZ i ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w zakresie terminu składania i otwarcia ofert ustalając termin składania ofert na dzień 20 marca 2023 r. godz. 14.55 i termin otwarcia ofert na dzień 20 marca 2023 r. godz. 15.00.
W pozostałym zakresie Zamawiający nie uwzględnia zarzutu i żądania i wnosi o jego oddalenie. Zamawiający nie znajduje obecnie uzasadnienia dla dalszego wydłużenia terminu składania ofert.
Zarzut nr 7
§ 22 ust. 15 Wzoru Umowy
Wynagrodzenie Wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy. W związku z tym, w cenie oferty Wykonawca powinien uwzględnić wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Obowiązek wykonania badań laboratoryjnych na żądanie Zamawiającego, w celu potwierdzenia jakości materiałów, które mają być użyte przy realizacji zamówienia jest normalnym i często spotykanym wymaganiem, podobnie jak oczekiwanie pokrycia
ww. kosztów przez Wykonawcę. Wykonawca jest profesjonalnym podmiotem, który
na podstawie swojego doświadczenia jest w stanie oszacować tego rodzaju koszty.
Wskazanie limitu takich kosztów przez Zamawiającego jest niemożliwe i nieuzasadnione, albowiem ilość takich badań uzależniona będzie od potrzeb, rodzaju i jakości materiałów stosowanych przez Wykonawcę, czego Zamawiający w chwili obecnej nie może przewidzieć. To Wykonawca jako profesjonalista, opracowując ofertę może poczynić założenia dotyczące stosowanych materiałów, oceniając potencjalną potrzebę tudzież ryzyko wystąpienia konieczności wykonania badań na żądanie Zamawiającego. Niezrozumiałym jest przy tym
to, w jaki sposób uwzględnienie żądania Odwołującego i wnioskowana przez niego modyfikacja § 22 ust. 15 Wzoru Umowy miałaby poprawić sytuację Wykonawcy w jakimkolwiek zakresie, skoro Wykonawca nadal nie będzie dysponował wiedzą, jaka część wyników badań może w przyszłości okazać korzystna dla Wykonawcy, a jaka część dla Zamawiającego. Wykonawca nadal ustalając cenę oferty będzie musiał oprzeć się w tym zakresie na własnym doświadczeniu i pewnej kalkulacji, co może uczynić także przy obecnym brzmieniu zaskarżonego postanowienia.

§ 37 ust. 1 pkt 22 Wzoru Umowy
Zamawiający uwzględnia zarzut i żądanie w części, tzn. w ten sposób, iż obniży karę umowną, do 20 000 zł za każdy przypadek naruszenia. W pozostałym zakresie Zamawiający nie uwzględnia zarzutu i żądania i wnosi o oddalenie odwołania.
Przy tego rodzaju inwestycji, umowy o podwykonawstwo będą się opiewały na znaczne kwoty, w związku z czym właściwym jest ustalenie takiego pułapu kar umownych, który będzie motywował Wykonawcę do terminowych płatności na rzecz podwykonawców. Kara umowna pełni bowiem m.in. funkcję prewencyjną, która z całą pewnością nie byłaby realizowana
w sytuacji, gdyby kara ta została ustalona na poziomie postulowanym przez Odwołującego.
§ 42 Wzoru Umowy
Zamawiający nie uwzględnia zarzutu, z wyjątkiem żądania Odwołującego potwierdzenia,
że waloryzacja będzie miała charakter automatyczny i nie będzie wymagała zawarcia aneksu do umowy.
Zasady waloryzacji wynagrodzenia w postępowaniu nie naruszają żadnych przepisów Pzp oraz Kc i zostały ustalone w sposób prawidłowy. Klauzula waloryzacyjna zastosowana przez Zamawiającego spełnia wymagania art. 439 ust. 1 Pzp. W § 42 ust. 1 Wzoru Umowy wskazano, że wynagrodzenie netto podlegające wypłacie na rzecz Wykonawcy w ramach płatności częściowych i końcowej, zgodnie z postanowieniami umowy będzie waloryzowane, począwszy od pierwszej płatności częściowej dokonywanej na podstawie wniosku o płatność złożonego przez Wykonawcę po 6 (sześciu) miesiącach od daty zawarcia Umowy do czasu, gdy łącza wartość korekt wynikających z niniejszego postanowienia (zwiększających
lub zmniejszających wynagrodzenie) osiągnie limit +/- 5% (pięć procent) Wynagrodzenia Wykonawcy netto, o którym mowa w § 4 ust. 1, obowiązującego w dacie zawarcia Umowy.
Waloryzacji podlegać będą jedynie kwoty należne Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy potwierdzone przez Zamawiającego w PŚP i KŚP, dotyczące okresów rozliczeniowych mieszczących się w terminie realizacji Umowy. Waloryzacji nie podlega wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania prac/robót dodatkowych lub zamiennych,
w tym także przysługujące Wykonawcy na podstawie aneksów do Umowy.
§ 42 ust. 1 Wzoru Umowy określa początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, który przypada po 6 miesiącach po dacie zawarcia Umowy. Termin ten został ustalony z uwzględnieniem art. 439 ust. 1 Pzp, który obliguje Zamawiającego
do wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej do umowy, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Oznacza to, że sam ustawodawca założył, że w odniesieniu do ww. 6-miesięcznego okresu Wykonawca jest lub powinien być w stanie przewidzieć zmiany cen i kosztów realizacji zamówienia i uwzględnić je w cenie oferty, a ewentualne ryzyka niedoszacowania
w ww. zakresie obciążają Wykonawcę. W związku z tym przyjęty przez Zamawiającego początkowy termin waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy jest prawidłowy i uzasadniony.
Waloryzacji wynagrodzenia podlegać będą jedynie płatności dotyczące prac wykonanych
w terminie realizacji zamówienia. Jest to oczywista regulacja, albowiem wszelkie koszty wynikające ze zwłoki Wykonawcy w realizacji zamówienia obciążają wyłącznie Wykonawcę. Dotyczy to także zwiększonych kosztów realizacji zamówienia. Natomiast w przypadku przesunięcia terminu realizacji zamówienia, na skutek okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, strony ustalą w aneksie nowy termin realizacji przedmiotu Umowy, a zatem wszelkie płatności dotyczące prac wykonanych w takim terminie również będą podlegały waloryzacji.
Postanowienia § 42 Wzoru Umowy określają także maksymalny limit waloryzacji, który nie może przekroczyć 5% wartości wynagrodzenia netto Wykonawcy. Nie stanowi naruszenia prawa takie określenie przez Zamawiającego limitu waloryzacji, albowiem w sytuacji, w której Zamawiający musi zabezpieczyć środki finansowe na pokrycie wysoce prawdopodobnej waloryzacji, warunki opisane w umowie muszą korespondować z możliwościami finansowymi Zamawiającego. Zamawiający transparentnie wskazuje o jaką wartość jest w stanie zwaloryzować wynagrodzenie i do decyzji wykonawcy należy czy zgodzi się na tych warunkach realizować zamówienie, czy też nie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedziach na odwołanie oraz wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie

odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego, uznając, że nie zasługuje ono
na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami (w tym Wzorem Umowy),
2. dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 3

We wzorze formularza oferty w punkcie 1 Kryteria oceny ofert wykonawcy mieli wpisać całkowitą cenę (wynagrodzenie ryczałtowe) za wykonanie przedmiotu zamówienia w rozbiciu na następujące elementy:

1. Cena brutto (PLN),
2. Wartość netto (PLN),
3. Stawka podatku VAT (%),
4. Wartość podatku VAT (PLN).

W taki sam sposób miała zostać ujęta cena za wykonanie prac projektowych, nadzór autorski nad realizacją robót oraz wykonanie cyfrowego modelu powykonawczego obiektu (model BIM) zawierająca się w cenie całkowitej brutto.

Ostatnie zdanie punktu 1 formularza ofertowego brzmi:

„Cena brutto za wykonanie prac projektowych, nadzór autorski nad realizacją robót oraz wykonanie cyfrowego modelu powykonawczego obiektu (model BIM) łącznie wynosi:

…. % całkowitej ceny oferty brutto

*Nie więcej niż 1,2% całkowitej ceny oferty brutto".

Zarzut nr 4

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał termin składania ofert w postępowaniu
do 3 marca 2023 r., godz. 14.55. Biorąc pod uwagę treść przytoczonej wyżej odpowiedzi
na odwołanie, w szczególności oświadczenie Zamawiającego o częściowym uwzględnieniu zarzuta Izba uznała, że Zamawiający zobowiązany jest do zmiany tego terminu w sposób zgodny z zawartą w odpowiedzi deklaracją, tj. 20 marca 2023 r., godz. 14.55. Zmieniony termin podlegał ocenie Izby przez pryzmat zarzutu nr 4.

Zarzut nr 7

Odwołujący kwestionował następujące postanowienia Wzoru Umowy:

„§ 22. Materiały

15. Koordynator IN lub Inspektor Nadzoru może w każdym czasie żądać od Wykonawcy wykonania i przedłożenia odpowiednich badań dotyczących jakości materiałów, które mają być użyte przy realizacji przedmiotu Umowy, wykonanych przez laboratorium, o którym mowa w ust. 14. Badania zostaną wykonane na koszt Wykonawcy, w terminie wyznaczonym przez Koordynatora IN lub Inspektora Nadzoru, uwzględniającym czas niezbędny na wykonanie badań".

„§ 37. Kary umowne

1. Strony postanawiają, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z Umowy, Zamawiającemu, niezależnie od innych uprawnień wynikających z Kodeksu cywilnego przysługuje prawo naliczenia następujących kar umownych:
   22) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – w wysokości 40.000,00 (czterdziestu tysięcy) złotych za każdy przypadek takiego naruszenia".

„§ 42. Zmiana Wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

1. Wynagrodzenie netto podlegające wypłacie na rzecz Wykonawcy w ramach płatności częściowych i końcowej, zgodnie z postanowieniami Umowy będzie waloryzowane, począwszy od pierwszej płatności częściowej dokonywanej na podstawie wniosku o płatność złożonego przez Wykonawcę po 6 (sześciu) miesiącach od daty zawarcia Umowy do czasu, gdy łącza wartość korekt wynikających z niniejszego postanowienia (zwiększających lub zmniejszających wynagrodzenie) osiągnie limit +/- 5% (pięć procent) Wynagrodzenia Wykonawcy netto, o którym mowa w § 4 ust. 1, obowiązującego w dacie zawarcia Umowy.
2. Waloryzacji podlegać będą jedynie kwoty należne Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy potwierdzone

przez Zamawiającego w PŚP i KŚP, dotyczące okresów rozliczeniowych mieszczących się w terminie realizacji Umowy. Waloryzacji nie podlega wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu wykonania prac/robót dodatkowych lub zamiennych, w tym także przysługujące Wykonawcy na podstawie aneksów do Umowy.

3. Kwoty podlegające wypłacie Wykonawcy będą podlegały waloryzacji o współczynnik wyliczony zgodnie z następującym wzorem:

$$W = 0{,}5 + 0{,}5x \frac{Wn}{Wz}$$

, gdzie

W – oznacza współczynnik/mnożnik korygujący, obliczany na podstawie wzoru powyżej, w stosunku do każdej z kwot podlegającej waloryzacji, zaokrąglany do dwóch miejsc po przecinku,

Wn – stanowi średni wskaźnik wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej (miesiąc do poprzedniego miesiąca), obliczony jako średnia arytmetyczna wskaźników wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanych za dany miesiąc do poprzedniego miesiąca przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, z wszystkich pełnych miesięcy obowiązywania Umowy (od miesiąca następującego po dacie zawarcia Umowy do miesiąca, którego dotyczy wniosek o płatność), zaokrąglany do dwóch miejsc po przecinku,

Wz – stanowi wskaźnik wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej (miesiąc do poprzedniego miesiąca) ogłoszony za miesiąc, w którym zawarta została Umowa.

4. Maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia Wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień niniejszego paragrafu nie może przekroczyć 5% (pięć procent) wartości wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 4 ust. 1, obowiązującego w dniu zawarcia Umowy.

5. Waloryzacji wynagrodzenia na podstawie niniejszego paragrafu nie podlega Wynagrodzenie, które zostało zmienione lub jest objęte wnioskiem o zmianę na podstawie innych postanowień Umowy (w tym § 41 Umowy).

6. Koordynator IN wskazuje w PŚP lub KŚP kwotę należną Wykonawcy na podstawie postanowień ust. 1-4.

7. Jeżeli wynagrodzenie Wykonawcy zostanie zwaloryzowane, zgodnie z art. 439 ust. 1- 3 Ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy i odpowiednio podwykonawca dalszemu podwykonawcy, z którym zawarł umowę, jeżeli przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz okres obowiązywania umowy wraz z aneksami przekracza 6 (sześć) miesięcy.

8. Kwoty płatne podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przez Wykonawcę lub podwykonawcę będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen. Jeżeli wynagrodzenie Wykonawcy zostało zwaloryzowane, zgodnie z postanowieniami ust. 1-5, kwoty płatne podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy będą waloryzowane odpowiednio do wynagrodzenia Wykonawcy, począwszy od pierwszego rozliczenia dokonanego po upływie 6 (sześciu) miesięcy od daty zawarcia umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi.

9. W terminie 14 (czternastu) dni od daty zawarcia aneksu do Umowy zmieniającego Wynagrodzenie Wykonawcy, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu wykaz umów o podwykonawstwo, które spełniają warunki opisane w ust. 7 powyżej, pod rygorem zapłaty kary umownej, o której mowa w § 37 ust. 1 pkt 31 Umowy,

10. Na żądanie Zamawiającego i we wskazanym przez niego terminie, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć oświadczenia podwykonawców i dalszych podwykonawców, o których mowa w ust. 7-9 powyżej o uregulowaniu wynagrodzenia podwykonawcy i dalszego podwykonawcy z tytułu zmiany Wynagrodzenia, o której mowa w niniejszym punkcie, pod rygorem zapłaty kary umownej, o której mowa w § 37 ust. 1 pkt 31 Umowy. Zamawiający może dopuścić, aby w miejsce oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy Wykonawca przedłożył potwierdzenie przelewu ww. kwoty, jeżeli z dokumentu takiego będzie wyraźnie wynikało, iż płatność została dokonana w związku ze zmianą wynagrodzenia Wykonawcy.

11. Zamawiający ma prawo potrącić wszelkie swoje wierzytelności z jakimikolwiek wierzytelnościami Wykonawcy. Wszystkie wierzytelności Zamawiającego, w tym wierzytelności przyszłe będą mogły być potrącane na zasadzie kompensaty umownej, niezależnie od ich wymagalności. Uprawnienie do dokonania potrącenia umownego nie ogranicza prawa Zamawiającego do potrącenia ustawowego".

Biorąc pod uwagę stan faktyczny ustalony w zakresie zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że nie jest rolą Izby ulepszanie czy racjonalizacja postanowień SWZ czy też ogólnie rozumianych warunków zamówienia. Izba ocenia działania i zaniechania zamawiających pod kątem ich zgodności z prawem, nie z subiektywnie pojmowanym „zdrowym rozsądkiem" uczestników postępowania. Zamawiający jako gospodarz postępowania, w granicach przepisów prawa ma swobodę w kształtowaniu warunków zamówienie i ponosi ich konsekwencje. Z tego powodu Izba oddaliła odwołanie – nie zostały wypełnione przesłanki art. 554 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

1)naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;

2)niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

Izba pominęła również argumentację Odwołującego i Przystępujących opartą na okolicznościach niewskazanych w odwołaniu, w tym argumentację Przystępującego Doraco opartą na zarzutach dotyczących § 42 Wzoru Umowy ujętych w wycofanym odwołaniu o sygn. akt KIO 415/23. Argumentacja ta stanowiła w sposób faktyczny próbę rozszerzenia zakresu zarzutów i jako taka nie podlegała ocenie.

W zakresie zarzutu nr 3 Izba wzięła pod uwagę fakt, że Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym służy przede wszystkim określeniu sposobu kosztorysowania. Na gruncie zamówień publicznych może ono mieć w zastosowanie przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia. Nie może być jednak traktowane jako bezwzględnie obowiązujące przepisy zabraniające ustalenia innej proporcji kosztów prac projektowych do kosztów robót budowlanych. Tym samym Zamawiający przyjmując, że wartość prac projektowych nie może przekroczyć 1,2% całkowitej ceny oferty brutto nie naruszył § 10 ust. 1 i 3 tego Rozporządzenia.

Odwołujący z kolei nie wykazał, że taki limit uniemożliwia złożenie ofert w postępowaniu.

Nie wykazał też, że prawidłowa kalkulacja ceny oferty będzie w tej sytuacji niemożliwa bądź przynajmniej nieracjonalnie utrudniona. Co istotne zakres prac projektowych oraz robót budowlanych nie pokrywa się – zakres robót jest szerszy. Odwołujący w swojej argumentacji nie uwzględnił tego faktu, poprzestał przy tym na gołosłownych twierdzeniach mających potwierdzać zasadność jego stanowiska.

W zakresie zarzutu nr 4 Izba uznała, że stanowisko Odwołującego było niezasadne. Zamawiający wydłużył termin składania ofert do 20 marca 2023 r., zatem termin składa ofert nie był sprzeczny z minimalnym terminem wynikającym z przepisów Pzp. Nie ma zatem możliwości przypisania Zamawiającemu naruszenia przepisów prawa, co musiało skutkować oddaleniem zarzutu. Odwołujący nie wykazał przy tym, by termin składania ofert był zgodny z przepisami jedynie formalnie czy pozornie. Z tego względu Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

W zakresie zarzutu nr 7 Izba wskazuje:

1.§ 22 ust. 15 Wzoru Umowy

Argumentacja Odwołującego sprowadzała się de facto do obawy, że w przypadku zaistnienia na etapie realizacji zamówienia konfliktu między Wykonawcą a Zamawiającym, to Zamawiający mógłby wykorzystać przysługujące mu na podstawie § 22 ust. 15 Wzoru Umowy uprawnienie w sposób niezgodny z jego przeznaczeniem. Odwołujący obawiał się, że Zamawiający mógłby w takiej sytuacji w sposób złośliwy zlecać kolejne kontrole tylko po to by utrudnić Wykonawcy realizację robót.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego oparte zostało więc na zdarzeniu przyszłym i niepewnym, prawdopodobnym w takim samym stopniu jak i każde inne złośliwe działanie skonfliktowanych stron. Podkreślenia wymaga jednak, że o ile tego rodzaju zdarzenie doszłoby faktycznie do skutku, to Wykonawca uprawniony będzie do skorzystania ze swoich praw na drodze sądowej. Nakazanie Zamawiającemu na tym etapie postępowania zmiany postanowień Wzoru Umowy dlatego, że teoretycznie możliwe jest wykorzystanie ich w sposób sprzeczny z prawem byłoby tak samo uzasadnione jak zakazanie sprzedaży noży kuchennych jako możliwych narzędzi zbrodni.

Wobec faktu, że Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów Pzp zarzut podlegał oddaleniu.

2.§ 37 ust. 1 pkt 22 Wzoru Umowy

W zakresie kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom Izba uznała zarzut odwołania za bezzasadny – i przede wszystkim za zgodny z przepisami Pzp. Zamawiający jest uprawniony do zabezpieczenia kara umowną zarówno swoich interesów jak i interesów podwykonawców realizujących poszczególne części przedmiotu zamówienia. Terminowe regulowanie płatności na rzecz podwykonawców jest istotne dla Zamawiającego choćby

ze względu na treść art. 647^1 Kc. Odwołujący wprawdzie nie kwestionował samej zasadności zawarcia we Wzorze Umowy możliwości naliczania kar umownych z tytułu braku zapłaty
lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, zarzucał Zamawiającemu nadmierną wysokość tej kary. Nie udowodnił jednak zasadności swojego stanowiska, nie wykazał przede wszystkim, że przyjęta przez Zamawiającego po jej obniżeniu jest sprzeczna z prawem, nieracjonalnie wysoka czy stanowi nadmierne utrudnienie w złożeniu ofert przez wykonawców. W konsekwencji zarzut został oddalony.

3.§ 42 Wzoru Umowy

Zgodnie z art. 439 ust. 1 Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
Biorąc pod uwagę przytoczoną wyżej treść § 42 Wzoru Umowy Izba uznała, że klauzula waloryzacyjna ustanowiona przez Zamawiającego jest zgodna z przytoczonym wyżej przepisem Pzp. Ustawodawca nie ustanowił żadnego minimalnego poziomu waloryzacji, nie wskazał też okresu po jakim wynagrodzenie może być waloryzowane. Odwołujący z kolei nie wykazał, by klauzula miała charakter pozorny ze względu na przyjęty przez Zamawiającego jej maksymalny poziom, tj. 5%. Argumentacja Odwołującego, który twierdził, że inni zamawiający stosują klauzule z maksymalnym poziomem waloryzacji rzędu 10-20% nie świadczy o tym, że § 42 Wzoru Umowy jest niezgodny z prawem. Fakt ten mógłby być mieć znaczenie dla oceny postanowień Wzoru Umowy pod kątem ich racjonalności, ale ocena sensowności regulacji umownych nie mieści się w kognicji Izby.
Odwołujący nie wykazał też, by zmiana, której żądał, tj. podwyższenie limitu klauzuli
do wysokości 25% było uzasadnione. Odwołujący poprzestał na gołosłownym twierdzeniu,
że wynika to z jego osobistych analiz.
Z tego względu również ten zarzut podlegał oddaleniu.
W konsekwencji oddalony został – jako wynikowy wobec powyższych – zarzut nr 8.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……..……..……