

Sygn. akt: KIO 1808/22

**WYROK**  
**z dnia 4 sierpnia 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2022 r. przez Odwołującego – **Bilfinger Industrial Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Pożarowa 6, 03-309 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Elektrociepłownia „Zielona Góra” Spółka Akcyjna**, ul. Zjednoczenia 103, 65-120 Zielona Góra

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Elektrociepłownia „Zielona Góra” S.A. na „wykonywanie robót elektroenergetycznych na obiektach produkcyjnych w latach 2022-2026 dla Elektrociepłowni „Zielona Góra” S.A.” (nr ref. POST/REC/PEC/UZI/00680/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.6.2022 r. pod numerem 2022/S 122-348299, wobec czynności polegającej na wadliwym sporządzeniu postanowień projektowanej umowy, Wykonawca Bilfinger Industrial Services Polska Sp. z o.o. wniósł w dniu 8.7.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1808/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w zw. z art. 3531 k.c. poprzez ukształtowanie postanowień umownych dotyczących kar umownych w sposób sprzeczny z celem i właściwością stosunku prawnego, którym jest umowa w sprawie zamówienia publicznego oraz art. 8 Pzp w zw. z art. 5 oraz art. 484 k.c. poprzez żądanie kar nieuzasadnionych celem przepisu i rażąco wygórowanych;
2. art. 433 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w zw. z art. 3531 k.c. poprzez ukształtowanie postanowień umownych w sposób naruszający zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją poprzez wprowadzenie postanowień, które umożliwiają zakończenie z woli zamawiającego umowy bez zapewnienia minimalnej wielkości lub wartości jej wykonania;
3. art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 436 pkt 4) w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c. i 3531 k.c. poprzez ukształtowanie postanowień umownych w sposób sprzeczny z ideą klauzuli waloryzacyjnej i jej znaczenia dla obrotu prawnego, a także w sposób sprzeczny z przepisami prawa, lub zmierzający do ich obejścia
4. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 7 pkt 32) oraz art. 8 Pzp w zw. z art. 487 § 2 k.c. poprzez wprowadzenie wymagania oferowania cen za składniki zamówienia, które są rażąco niskie lub nieodpłatne, a więc żądania złożenia ofert, które muszą podlegać odrzuceniu, a także zaproponowanie takich reguł wykonywania umowy, w których świadczenie zamawiającego nie jest odpowiednikiem świadczenia wykonawcy.

5. art. 226 ust. 1 pkt 7) poprzez wprowadzenie wymagań wymuszających na wykonawcach oferowanie części usług poniżej ceny ich wykonania, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: znku), w szczególności jej art. 15.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany kwestionowanych postanowień umownych w taki sposób, aby nie naruszały ww. przepisów prawa.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 28.7.2022 r.).

Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty odwołania.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym postanowienia wzoru umowy (załącznik nr 2 swz).

### **Izba ustaliła i zważyła.**

Odwołujący kwestionował postanowienia wzoru umowy dotyczące:

1. ustalenia wysokości poszczególnych kar umownych oraz łącznej maksymalnej wysokości (górną granicę) kar umownych, których mogą dochodzić strony, tj. pkt. 16.10, 13.1, 13.5, 13.6, 13.8, 13.10,
2. mechanizmu waloryzacji, tj. pkt. 4.6 i 4.8.4
3. płatności wynagrodzenia za prace wykonywane w trybie awaryjnym, tj. pkt 4.4
4. przekraczającej przepis prawa swobody odstąpienia przez zamawiającego od umowy bez zagwarantowania jej wykonania w minimalnej wielkości i wartości
5. wynagrodzenia wykonawcy za dokonywanie zakupu części zamiennych lub materiałów, tj. pkt 4.2.3.

**Ad. 1 – zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w zw. z art. 3531 k.c. poprzez ukształtowanie postanowień umownych dotyczących kar umownych w sposób sprzeczny z celem i właściwością stosunku prawnego, którym jest umowa w sprawie zamówienia publicznego oraz art. 8 Pzp w zw. z art. 5 oraz art. 484 k.c. poprzez żądanie kar nieuzasadnionych celem przepisu i rażąco wygórowanych.**

Odwołujący wskazując na naruszenie art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Ustawy w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 8 Pzp w zw. z art. 5 oraz art. 484 k.c., odniósł się do określonego w § 13 pkt 13.1, 13.5 i 13.6 wzoru umowy mechanizmu naliczania kar umownych, których wysokość odnoszona ma być procentowo do wynagrodzenia umownego netto. Ponieważ Zamawiający zagwarantował zlecenie wykonawcy prac w wysokości nie mniejszej niż 30%, a kary naliczane będą od wartości całości wynagrodzenia umownego, realna wysokość możliwych do naliczenia kar będzie niewspółmierna do przewinienia. Odwołujący wniósł o obniżenie limitu kar o 70%, tj. dostosowanie do gwarantowanego poziomu realizacji umowy lub uzależnienie kary od faktycznego poziomu wykonania umowy wprowadzając mechanizm korekty kar przez proporcjonalne ich zmniejszenie odpowiadające zmniejszonemu zakresowi wykonanej umowy. Ponadto, zdaniem Odwołującego rażąco niewspółmierna jest kara opisana w pkt 13.6 za brak zawarcia w umowach z podwykonawcami klauzul (4%) oraz za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (1%).

Zdaniem Odwołującego łączna wysokość kar umownych, o których mowa w § 13.10 (odpowiednio 20% i 25% wynagrodzenia umownego netto) jest nieproporcjonalna, rażąco wygórowana i ogranicza dostęp do zamówienia i powinna być obniżona o 70%, tj. dostosowana do gwarantowanego poziomu realizacji umowy, ewentualnie należałoby wprowadzić mechanizm korekty.

Odwołujący wniósł również o obniżenie kar z tytułu zwłoki, określonych w załączniku nr 5 do Umowy o 70%, wskazując że uzasadnieniem tak wysokich kar było zapewne założenie wykonania zamówienia w całości.

Dalej Odwołujący wskazał na zapisy pkt 13.1 oraz 13.2, które miałyby prowadzić do kumulowania kar za te same przewinienia z różnych tytułów.

**Izba oddaliła zarzut uznając, iż został on podniesiony w oparciu o wybiórczą analizę zapisów umowy, mająca wskazywać na nieproporcjonalność kar umownych.** W szczególności należy odnotować, iż Odwołujący podnosząc wielokrotnie ten sam argument na poparcie żądania obniżenia wysokości kar i limitów do poziomu odpowiadającego gwarantowanemu zakresowi realizacji umowy lub wprowadzenia mechanizmu korekty, pominął okoliczność dotyczącą wprowadzonego w umowie mechanizmu korekty kar (miarkowania kary). Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w § 13 ust. 13.12 i 13.13 Umowy wysokość kar uzależniona została od rzeczywistej szkody jaka powstała u

Zamawiającego w wyniku okoliczności za jakie kara została naliczona. Odwołujący w ogóle nie skomentował skutków, jakie dla zasadności zarzutów mają te postanowienia. Izba przychyliła się do wniosku Zamawiającego, iż wprowadzenie zapisów pozwalających na miarkowanie kary pozwala zachować proporcje pomiędzy karą, a naruszeniem do jakiego miałyby dojść na etapie wykonywania umowy. Wskazany w art. 436 pkt 3 Ustawy obowiązek określenia maksymalnej wysokości kar został przez Zamawiającego wypełniony nie tylko przez określenie w ust. 13.10 limitu kar, czy też opisanie samej kary limitowanej przez dane zdarzenie (np. za odstąpienie od umowy), ale dodatkowo zostało ono wzbogacone o mechanizm pozwalający na zmniejszenie kar naliczonych. Sposób opisanie mechanizmu naliczania kar jakiego oczekiwał Odwołujący, w ocenie składu orzekającego, obarczony był dużo większym automatyzmem i mógł prowadzić w rzeczywistości do zmniejszenia znaczenia roli kary i jej celów, które nabierają szczególnego znaczenia przy zamówieniu, którego ryzyka niepowodzenia mają dużo szersze skutki, niż sam brak wykonania zamówienia. Nie bez znaczenia dla sposobu określenia kar umownych pozostaje ustalenie, jakie znaczenie z punktu widzenia zabezpieczenia działania elektrociepłowni ma właściwe wykonanie Umowy. Sprowadzenie kar do samej wyceny kosztów wykonania prac utrzymaniowych w żaden sposób nie uwzględniałoby rzeczywistych strat, jakie dla Zamawiającego wiązałyby się z przestojem pracy bloku ciepłowniczego. W ocenie składu orzekającego kwestionowane w odwołaniu postanowienia nie prowadzą do naruszenia wskazanych przepisów Ustawy oraz kodeksu cywilnego, co wymagałoby wykazania przez Odwołującego, co najmniej takiego ukształtowania zasad naliczania kar, które prowadziłyby do zaburzenia proporcji pomiędzy karą, a rzeczywistą szkodą Zamawiającego. Konstrukcja kar umownych, w szczególności przy zamówieniach, których zakres nie jest możliwy do określenia w sposób precyzyjny, powoduje iż również mechanizm naliczania kar obarczony jest pewnym ryzykiem. Zamawiający podjął jednak próbę złagodzenia skutków, jakie na etapie realizacji umowy mogą powstać w związku z zaistnieniem zdarzeń obwarowanych sankcją kary umownej, co Izba również zobowiązana była uwzględnić. Odwołujący przyjął wybiórczą analizę zapisów umowy, co nie mogło być ocenione jako wystarczające dla podważenia klauzul umownych i prowadziło do oddalenia odwołania. Dotyczy to w zarzucie pierwszym całości okoliczności, jakie wskazał Odwołujący w podstawie faktycznej zarzutu. Izba nie przyjęła argumentów dotyczących podwójnego karania wykonawcy za to samo zdarzenie. Wskazane klauzule umowne wprawdzie mogłyby sugerować taki wniosek, jednak nie przesądzają w sposób jednoznaczny o sposobie naliczenia kary. Zamawiający w sposób logiczny wykazał zależności pomiędzy podobnymi postanowieniami wskazując na potrzebę rozróżnienia sytuacji których skutki mogą mieć dla Umowy różne znaczenie. Dotyczy to w szczególności uzasadnienia dla opisanych w ust. 13.1 i 13.2 podstaw do naliczenia kary umownej. Ponieważ Odwołujący w ogóle nie skomentował argumentów Zamawiającego

związanych z odmiennym znaczeniem jakie dla Umowy ma odstępianie od wykonania dengo zlecenia oraz odstępianie od Umowy (w całości lub w części), Izba w zasadzie nie miała podstaw do zakwestionowania stanowiska Zamawiającego (str. 20 i 21 odpowiedzi na odwołanie). Na koniec należy również odnotować, że Odwołujący zasadniczo nie kwestionował wysokości kar przewidzianych za poszczególne naruszenia, a te stanowić będą punkt wyjścia dla ustalenia wysokości kary, żądając w zestawieniu z zapisami dotyczącymi limitu kar, żądanie ich obniżenia o 70%. Jak wskazane zostało powyżej mechanizm miarkowania kary daje możliwość ustalenia wysokości kar na poziomie adekwatnym do szkody, jaka może się wiązać dla Zamawiającego. Odnosząc się natomiast do dwóch wskazanych wprost jako wygórowanych kar (opisane w pkt 13.6 za brak zawarcia w umowach z podwykonawcami klauzul (4%) oraz za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (1%)) argumentacja Odwołującego zasadniczo opierała się na dążeniu do złagodzenia ryzyka naliczenia kary, a nie wykazania braku związku z ryzykiem wystąpienia zdarzeń mogących rodzić po stronie Zamawiającego szkodę.

**Ad. 2 – zarzut naruszenia art. 433 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez ukształtowanie postanowień umownych w sposób naruszający zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją poprzez wprowadzenie postanowień, które umożliwiają zakończenie z woli zamawiającego umowy bez zapewnienia minimalnej wielkości lub wartości jej wykonania.**

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 433 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez wprowadzenie postanowień, które umożliwiają zakończenie z woli Zamawiającego umowy bez zapewnienia minimalnej wielkości lub wartości jej wykonania.

W tym zakresie argumentacja w odwołaniu związana była z postanowieniem § 16 ust. 16.10, w którym Zamawiający przewidział możliwość rozwiązania umowy, z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, z powodu istotnej zmiany okoliczności, nieprzewidywanej przy zawarciu umowy, która będzie czyniła wykonanie umowy nieopłacalnym, niezgodnym ze strategią lub polityką Zamawiającego albo z innych przyczyn nadmiernie uciążliwych – w takim przypadku wykonawca zachowa prawo do wynagrodzenia umownego za prace odebrane przed datą wygaśnięcia umowy.

W ocenie Odwołującego postanowienie narusza Ustawę, gdyż pozwala na rozwiązanie umowy bez zapewnienia jej realizacji na poziomie gwarantowanym i jest sprzeczne z art. 433

pkt 4 Ustawy. W żądaniu wskazuje na zmianę zdania dotyczącego prawa do wynagrodzenia wykonawcy, które miałyby być nie mniejsze niż 30% wartości umowy. Zdaniem Odwoływającego, zapis wzoru umowy stanowi próbę uchylecia się przez Zamawiającego od obowiązku wskazania podstawy do wypowiedzenia umowy zawartej na czas określony. Stąd żądanie dopisania pkt 16.10 zapisu gwarantującego wykonawcy prawo do wynagrodzenia za prace odebrane przez Zamawiającego przed datą wygaśnięcia umowy, jednak nie mniejsze niż 30% wartości umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał na postanowienia § 4 ust. 4.1 zdanie czwarte dotyczące gwarantowanego zakresu prac, jaki zostanie zlecony wykonawcy o wartości co najmniej 30% wynagrodzenia umownego netto. W kolejnym zdaniu zawarte zostało zastrzeżenie, iż gwarantowany poziom nie dotyczy sytuacji, gdy Zamawiający odstąpi od umowy lub rozwiąże umowę z przyczyn nie leżących po wyłącznej stronie Zamawiającego.

**Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze, iż przedmiotem zarzutu nie była treść postanowień z ust. 4.1, w szczególności zastrzeżenie dotyczące gwarantowanego zakresu prac.** Argumenty podniesione dla uzasadnienia naruszenia art. 433 pkt 4 Ustawy w zasadzie nie były wprost związane z treścią klauzuli określającej gwarantowany zakres prac i sprowadzały się wyłącznie do stwierdzenia skutku, jaki dla wykonawcy miałyby rozwiązanie umowy przed upływem okresu na jaki została ona zawarta. Jednocześnie uprawnienie do rozwiązania umowy stanowi inny rodzaj czynności prawnej pozwalającej na wcześniejsze rozwiązanie umowy, znajdujące umocowanie w art. 456 ust. 1 pkt 1 Ustawy. W ocenie składu orzekającego, uprawnienie to stanowi inny rodzaj czynności prawnej, niż wskazana w art. 433 pkt 4 Ustawy możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przy obowiązku wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia strony. W tym zakresie należy podkreślić istotną różnicę skutków obu czynności. W przypadku rozwiązania umowy przed upływem terminu na jaki została zawarta, węzeł prawny przestaje wiązać strony, a tym samym nie są one zobowiązane do dalszego wypełniania swoich obowiązków z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zachowuje prawo do wynagrodzenia za wykonaną część umowy. W szczególności zamawiający przestaje być zobowiązany do wypełnienia obowiązku zlecenia zagwarantowanego umową zakresu prac. Wprowadzony gwarantowany zakres prac stanowi zabezpieczenie dla wykonawcy zlecenia do realizacji prac w ramach zawartej umowy, w okresie jej obowiązywania. Obie instytucje prawne realizują inne cele ustawowe i służą osiągnięciu innych skutków prawnych. W ocenie składu orzekającego obowiązek wskazania w umowie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia nie stoi na przeszkodzie uprawnieniu zamawiającego do odstąpienia od umowy,

w szczególności nie stanowi dodatkowej przesłanki ustawowej. Również argumenty Odwołującego nie zmierzały do wykazania istnienia takiego powiązania, a jedynie sugerowały konieczność złagodzenia skutków braku podania uzasadnienia dla wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego w postaci gwarancji wypłaty wynagrodzenia, które mogłoby faktycznie przekroczyć zakres zrealizowanego świadczenia do czasu rozwiązania umowy przez Zamawiającego, co prowadziłoby do wzbogacenia Wykonawcy. Odwołujący w zarzutach nie odniósł się również do podanych przez Zamawiającego przyczyn, które miałyby uzasadniać rozwiązanie umowy przed czasem. Poza kognicją Izby leżała zatem ocena przesłanek rozwiązania umowy, w szczególności istotności zmienionych okoliczności i ich znaczenia dla zawartej umowy.

**Ad. 3 – zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 436 pkt 4) w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c i 353<sup>1</sup> k.c. poprzez ukształtowanie postanowień umownych w sposób sprzeczny z ideą klauzuli waloryzacyjnej i jej znaczenia dla obrotu prawnego, a także w sposób sprzeczny z przepisami prawa, lub zmierzający do ich obejścia.**

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 436 pkt 4) w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 8 Pzp w zw. z art. 58 k.c i 353<sup>1</sup> k.c. poprzez ukształtowanie postanowień umownych w sposób sprzeczny z ideą klauzuli waloryzacyjnej i jej znaczenia dla obrotu prawnego, a także w sposób sprzeczny z przepisami prawa, lub zmierzający do ich obejścia.

W uzasadnieniu Odwołujący kwestionował prawidłowość mechanizmu waloryzacji opisanego w pkt 4.6 i 4.8.4 Umowy, w którym przewidziano zawarcie aneksu prowadzącego do zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 436 pkt 4 lit b lub art. 439 ust. 1 Ustawy, tj. w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zdaniem Odwołującego uzależnienie dokonania waloryzacji od zawarcia pisemnego aneksu godzi w istotę tego mechanizmu (zależne od woli stron). Odwołujący zakwestionował również żądanie przedstawienia Zamawiającemu wniosku o zmianę wynagrodzenia wraz kalkulacją uzasadniającej wzrost kosztów wynikający ze zmiany przepisów (tj. zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zmiany minimalnej stawki godzinowej, zmiany składek na ubezpieczenia) w terminie 14 dni od wejścia w życie nowych przepisów, którego brak oznaczać będzie, że zmiana nie wpłynęła na koszty wykonania umowy.

W pkt 4.8.4 Zamawiający opisał zasady zmiany wynagrodzenia na podstawie art. 439 Ustawy, które zdaniem Odwołującego czynić mają waloryzację „pozorną” – niepozwalającą na odpowiednie dostosowanie do istniejących okoliczności rynkowych.



Zamawiający przy obecnym sformułowaniu postanowień Umowy realnie odmawia przyjęcia ryzyka zmian kosztów wykonania zamówienia. Wprowadza on pięć daleko idących ograniczeń:

- wysoki próg dokonania waloryzacji – 8% – który może nie zostać nigdy osiągnięty;
- możliwość dokonania waloryzacji tylko, gdyby miała ona zmienić całkowite wynagrodzenie wykonawcy o co najmniej 4% - oznacza to, że gdyby umowa była wykonywana w sposób równomierny w okresie całych 4 lat, to dla dokonania waloryzacji w ostatnim roku zmiana wynagrodzenia musiałaby wynieść 16% - i odpowiednio więcej z każdym upływającym miesiącem; biorąc pod uwagę, że podstawą waloryzacji jest wskaźnik roczny, a waloryzacja będzie dokonywana o połowę wskaźnika, to gdyby waloryzacja miała zostać dokonana po raz pierwszy w ostatnim roku, wybrany wskaźnik musiałby wzrosnąć o 32% rok do roku – co biorąc pod uwagę, że w maju 2022 wyniósł on 12,2% jest raczej mało prawdopodobne;
- oparcie waloryzacji o wskaźnik w formule rok-do-roku – co oznacza, że waloryzacja dokonywana po np. 16 miesiącach od poprzedniej waloryzacji nie odnosiłaby się do całkowitego wzrostu cen, a jedynie wzrostu cen z ostatnich 12 miesięcy i realistycznie nie rekompensowała całej zmiany cen (a nawet jej połowy, zgodnie z zastrzeżeniem omówionym niżej);
- dokonywanie waloryzacji jedynie o  $\frac{1}{2}$  przyjętego wskaźnika, co motywowane jest jedynie dążeniem Zamawiającego do minimalizacji własnych ryzyk;
- ograniczenie wzrostu wynagrodzenia na skutek waloryzacji do 10% - co samo w sobie niezgodne jest z istotą waloryzacji i w zasadniczy sposób ogranicza ryzyko ponoszone przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o wykreślenie zapisu o potrzebie zawarcia aneksu na potrzeby waloryzacji cen, jak również zmianę stawki wzrostu cen materiałów lub kosztów z 8% do 3%. Ponadto stawki i ceny umowne powinny być podnoszone o wysokość wskaźnika, a nie na podstawie wycień wykonawcy, gdyż ustawa nakazuje opierać waloryzację o wskaźnik zmiany cen. Odwołujący wniósł również o zmianę postanowień ust. 4.8.4 w sposób wskazany lub przez przyznanie wykonawcy prawa do odstąpienia od Umowy ze względu na wystąpienie okoliczności, w których następuje wzrost cen lub kosztów, który nie jest rekompensowany poprzez klauzule waloryzacyjne.

**Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze brzmienie przepisu art. 436 pkt 4 oraz art. 439 Ustawy, których naruszenia upatrywał Odwołujący w ustalonych przez Zamawiającego zasadach waloryzacji.**

Generalnie skład orzekający uznał, iż żadna z podniesionych okoliczności nie wskazuje na naruszenie przepisów Ustawy, w tym w szczególności szczególnie akcentowane przez Odwołującego zapisy dotyczące potrzeby zawarcia aneksu, czy też przedstawienia przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji wykazującej wpływ zmiany cen i kosztów na koszty świadczenia usługi. Odwołujący wskazywał w tym zakresie przede wszystkim na atrybut mechanizmu waloryzacji, jakim miałyby się objawiać w jego automatycznym zastosowaniu bez potrzeby uzyskania zgody obu stron.

W ocenie składu orzekającego sposób wprowadzenia waloryzacji w drodze aneksu w żaden sposób nie modyfikuje mechanizmu waloryzacji ceny, dla której znaczenie ma zmiana warunków rynkowych i ich wpływ na realizację umowy, a nie sposób w jaki wprowadzone zostaną do umowy nowe stawki/ceny. Zmiana ceny wymaga zachowania formy pisemnej chociażby dla stwierdzenia od jakiego momentu zaczną obowiązywać nowe stawki wraz z ich określeniem.

Zarówno w art. 436 pkt 4 lit b), jak i 439 ust. 1 Ustawy mechanizm zmiany wynagrodzenia powiązany jest z ustaleniem wpływu zmian na koszty wykonania zamówienia. Zamawiający jest zatem uprawniony do żądania wykazania przez wykonawcę, czy i w jakim zakresie zmiany cen, stawek, kosztów mają wpływ na realizowaną umowę. Odwołujący w swoich żądaniach pomija całkowicie potrzebę wykazania tej okoliczności przed wprowadzeniem zmian do umowy. Ponadto, należy zauważyć, iż ustalone zasady wprowadzania zmian wiązać będą również Zamawiającego, jeżeli ten chciałby obniżenia wynagrodzenia. Zapewne w takiej sytuacji Wykonawca również będzie zainteresowany tym, aby Zamawiający wykazał, czy uzasadnione jest obniżenie należnego mu wynagrodzenia umownego.

Uzasadnienie zarzutu w zasadzie nie zawiera żadnych argumentów mogących prowadzić do wniosku o nadmierności wymagań, czy też ich sprzeczności z Ustawą. Sprowadza się ono w zasadzie do prezentowania własnej wizji mechanizmu, który będzie z punktu widzenia Wykonawcy korzystniejszy, co jeszcze nie oznacza, iż Zamawiający wykroczył poza ustawową legitymację do ustalenia sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia umownego. W zasadzie żadna z podniesionych okoliczności nie jest wprost sprzeczna z Ustawą i Odwołujący tego nie wykazał.

**Ad 4 i 5 – zarzuty naruszenia:**

**- art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 7 pkt 32) oraz art. 8 Pzp w zw. z art. 487 § 2 k.c. poprzez wprowadzenie wymagania oferowania cen za składniki zamówienia, które są rażąco niskie lub nieodpłatne, a więc żądania złożenia ofert, które muszą**

podlegać odrzuceniu, a także zaproponowanie takich reguł wykonywania umowy, w których świadczenie zamawiającego nie jest odpowiednikiem świadczenia wykonawcy;

- art. 226 ust. 1 pkt 7) poprzez wprowadzenie wymagań wymuszających na wykonawcach oferowanie części usług poniżej ceny ich wykonania, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: znku), w szczególności jej art. 15.

Wspólna podstawa zarzutów dotyczy klauzuli z pkt 4.2.3 Umowy, w którym Zamawiający narzucił wysokość marży 5%, jaką wykonawca będzie mógł doliczyć do ceny zakupu materiałów lub części zamiennych wskazując w odniesieniu do zasad rozliczania wykonanych prac na podstawie rozliczenia dostarczonych części zamiennych lub materiałów: *Na podstawie wystawionych Wykonawcy faktur VAT za części zamienne lub materiały, pod warunkiem że przed realizacją dostawy Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia cenniki dostarczanych materiałów lub części zamiennych, a przedstawione ceny będą cenami rynkowymi. Do powyższych cen Wykonawca doliczy koszty zakupu w wysokości 5%.*

Ponadto, jako nierynkowe Odwołujący kwestionuje reguły dotyczące wynagrodzenia za prace wykonywane w trybie awaryjnym, do których wyliczenia Zamawiający przyjął współczynnik 1,2. Sama konstrukcja wyliczenia wynagrodzenia nie budzi wątpliwości z punktu widzenia prawa zamówień publicznych, ale sam współczynnik jako nieadekwatny do kosztów jakie ponosi wykonawca. Odwołujący zakłada, że w wielu przypadkach usterki i awarie będą skutkowały kierowaniem pracowników do pracy w godzinach nadliczbowych, zgodnie z art. 151 K.P, co wiąże się z wyższymi kosztami pracowniczymi. Odwołujący wnosil o zmianę współczynnika na 1,5.

Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że kwestia dot. dodatkowych zakupów części zamiennych lub materiałów nie wchodzi w zakres zamówienia, a jedynie w sytuacji, gdy w momencie świadczenia usługi okaże się, że potrzeba taka występuje, to wprowadzony mechanizm umożliwi zlecenie z tej umowy, ale będzie to dodatkowym zleceniem po akceptacji przez Zamawiającego dodatkowych kosztów pozyskania tej części.

**Oddalając oba zarzuty Izba uznała, iż wskazane podstawy nie mają faktycznie znaczenia dla wyceny prac objętych przedmiotem zamówienia.** W szczególności dodatkowe zakupy części nie odnoszą się do części, jakie wykonawca zapewnia w ramach świadczenia usługi utrzymaniowej w cenie oferty. Tym samym zasady cena oferty z założenia nie obejmuje dostawy dodatkowych części zamiennych lub materiałów, które nie

mieszczą się w wycenionych w ofercie pracach utrzymaniowych. Nie ma zatem żadnego znaczenia dla ustalenia, czy zaoferowana cena będzie rażąco niska. Dodatkowe zlecenie wymagać będzie przedłożenia Zamawiającemu wyceny i jej akceptacji. Tym samym dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego (faktury zakupu) nie były przydatne dla rozpoznania sporu.

Izba oddaliła również zarzuty w odniesieniu do poziomu wskaźnika, jaki Zamawiający określił dla prac wykonywanych w trybie awaryjnym. Odwołujący nie kwestionował samej potrzeby przyjęcia jakiegoś wskaźnika, lecz jego wysokość wskazując na wyższe koszty pracownicze przy pracach świadczonych po godzinach lub w porze nocnej. Zamawiający słusznie zripostował, iż potrzeba wykonania pracy w trybie awaryjnym nie może być utożsamiana z koniecznością realizacji prac w godzinach nadliczbowych i to po stronie wykonawcy spoczywać będzie właściwa organizacja pracy, tak aby zapewnione zostały właściwe warunki bhp. Już sama argumentacja w odwołaniu ma opierać się na niepewnym założeniu o potrzebie świadczenia pracy w godzinach nadliczbowych. Ponadto, to po stronie Wykonawcy spoczywa wycena prac, co pozwala wliczyć wszystkie ryzyka jakie mogą prowadzić do wyższych kosztów świadczenia usługi.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł i obciążyla nimi Odwołującego

**Przewodniczący:** .....