

**Sygn. akt: KIO 3254/22**

**WYROK**  
**z dnia 21 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2022 r. przez wykonawcę Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Słonimskiego 1 (50-304 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Adama Asnyka 7 (35-001 Rzeszów)

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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

Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa Oddział Terenowy w Rzeszowie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym pn.: *Świadczenie usług sprzątania pomieszczeń w siedzibie Oddziału Terenowego KOWR w Rzeszowie i Sekcji Zamiejscowych w 2023 i 2024 r.* o numerze referencyjnym: RZE.WOP.260.3.2022.SW, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 listopada 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00458028/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 6 grudnia 2022 r. wykonawca Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”) w postępowaniu, które zostały opublikowane w dniu 1 grudnia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 16 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
- 2) art. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 16 i 17 Pzp w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny przez wadliwe ustalenie w treści projektu umowy postanowień w przedmiocie aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy poprzez ustalenie maksymalnej wartości, o jaką może zmienić się wynagrodzenie umowne;
- 3) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Pzp przez ustalenie blankietowych postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia należnego wykonawcy w zakresie węższym niż wymagany w Pzp;
- 4) art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie łącznej wysokości kar umownych, których może dochodzić zamawiający na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do okoliczności, które mogą stać u podstaw powstania roszczenia zamawiającego o jej zapłatę.

W związku z powyższymi zarzutami, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez niego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszały przepisy Pzp, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie ofert, zgodnych z przepisami Pzp i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Zdaniem odwołującego realizacja zamówienia przy istnieniu kwestionowanych postanowień SWZ uniemożliwia mu udział w postępowaniu również dlatego, że wykonanie umowy na warunkach ustalonych w projekcie umowy, naraża go na szkodę, co prowadzi do pozbawienia go realnych korzyści finansowych, wynikających z tytułu realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na zarzuty 1 i 2 i w tym kontekście przywołał § 11 ust. 6 oraz § 11 ust. 5 zmienionego załącznika do SWZ „projekt umowy”. Odwołujący stwierdził, iż konstrukcja powyższych postanowień ogranicza waloryzację wynagrodzenia z art. 436 pkt. 4b, co stanowi naruszenie Pzp. Odwołujący podkreślił, że formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu kosztów, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych i w konsekwencji świadczy o dokonywaniu czynności prawnych, sprzecznych z prawem lub mających na celu obejście prawa, a więc czynności prawnych bezwzględnie nieważnych na podstawie art. 58 Kodeksu cywilnego. Na skutek tej wady, nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 436 Pzp. Odwołujący podniósł, iż przepis art. 436 pkt. 4 lit. b) Pzp wymaga, aby umowy, zawierane na okres dłuższy, niż 12 miesięcy, zawierały postanowienia aktualizacyjne. Ustalona w umowie maksymalna graniczna wartość partycypacji zamawiającego w pokryciu wzrostu kosztów wykonania zamówienia na poziomie 10% wynagrodzenia brutto jest niezgodna z celem art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp, gdyż, ze względu na nieznane i nieprzewidywalne zmiany prawa, które mogą nastąpić w czasie trwania zamówienia, nie gwarantuje aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy adekwatnie do ww. zmian oraz świadczy, że rzeczywistym celem, realizowanym przez ww. klauzulę, jest zniesienie obowiązku zamawiającego do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o art. 436 Pzp. Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa zmiana, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp (dawniej art. 142 ust. 5) powinna być odpowiednia. Powyższe stanowisko odwołującego miało znajdować potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2022 r. (sygn. akt KIO 2984/22), w którym KIO uwzględniła odwołanie odwołującego i uznała, że zamawiający tj. Izba Administracji Skarbowej w

Gdańsku nie może wprowadzać w postanowieniach projektu umowy ograniczenia dla waloryzacji w trybie przepisu art. 436 pkt 4 b) Pzp.

Odwołujący wniósł o usunięcie postanowienia § 11 ust. 6 projektu umowy w brzmieniu: *Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający nie przekroczy 10 % w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto.*

Dalsza część argumentacji odnosiła się do zarzutów oznaczonych pkt 1 i 3. Odwołujący wskazał w tej części, że termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne został ustalony przez zamawiającego, zgodnie SWZ, na okres 24 miesięcy. Zgodnie z art. 439 Pzp, w przypadku umów, zawieranych na okres dłuższy, niż 6 miesięcy, muszą one zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Umowa musi określać:

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

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w § 11 przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia cen i materiałów poprzez wprowadzenie do projektu umowy m. in. postanowień zawartych w § 11 ust. 5 i 12.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający narzucił jednostronnie zasadę, że waloryzacja może nastąpić najwcześniej w 2024 r. o kwotę odpowiadającą średniorocznemu wskaźnikowi cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego w komunikacie Prezesa GUS, co w istocie umożliwi wykonawcom waloryzację jedynie raz w ciągu trwającej 24 miesięcy umowy, dodatkowo uzależniając możliwość waloryzacji cen po osiągnięciu wskaźnika na poziomie 20%, tj. przekraczającego wskaźnik inflacji. W związku z istotnym wzrostem inflacji na poziomie dwucyfrowym - wprowadzenie przez zamawiającego w treści umów częstotliwości

waloryzacji do jednej w roku i ustalenia wskaźnika dopuszczającego możliwość waloryzacji na poziomie przekraczającym wysoki już wskaźnik inflacji, narusza istotę przepisu art. 439 Pzp i de facto prowadzi do obejścia tego przepisu przez zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż przy tak dużej obecnie dynamice zmian sytuacji gospodarczej konkretne stawki kosztów lub cen materiałów już po upływie kwartału funkcjonowania umowy w sprawie zamówienia publicznego mają charakter wyłącznie archiwalno-historyczny, gdyż nie uwzględniają aktualnie obowiązujących wartości świadczenia wykonawcy. Odwołujący podkreślił, iż sam ustawodawca uznał, iż zmiany cen materiałów i kosztów w dłuższej perspektywie stanowią nadmierne ryzyko dla wykonawcy wprowadzając obecnie zmiany w art. 439 Pzp, obligujące zamawiających do dokonywania waloryzacji wynagrodzenia dla umów zawieranych już na okres powyżej 6 miesięcy. Termin wystąpienia do zamawiającego z roszczeniem powinien zatem ulec skróceniu i umożliwić waloryzację co 6 miesięcy, a nie tylko raz (zgodnie z zasadą działania logicznego i konsekwentnego ustawodawcy), a wskaźnik waloryzacji winien być ustalony na poziomie realnym do osiągnięcia. Postanowienia umowy ukształtowane przez zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 Pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca wszystkie ryzyka na wykonawców, gdyż to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty. Zamawiający zaś nie ponosi żadnego ryzyka takiego działania, gdyż zawierając umowę w 2022 roku, niejako gwarantuje sobie stawki świadczenia usług po cenach z roku 2022 bez uwzględnienia ryzyka zmian oraz inflacji, czy innych wahań na rynku, który jest bardzo podatny na wszelkie zmiany w światowej gospodarce. Naczelną zasadą przy budowaniu klauzul waloryzacyjnych powinno być uczciwe uprzedzenie wykonawców już w treści umowy, o zamiarze waloryzacji wartości świadczenia i wskazanie już przy jej negocjowaniu – według jakich kryteriów będzie to następowało. Zamawiający winien stworzyć taki mechanizm, który obu stronom da pewność, co do czynników, które mogą mieć wpływ na zmianę wartości świadczenia i które dzięki temu nie będą zarzewiem sporu. W dzisiejszych realiach poziom inflacji zmienia się bardzo dynamicznie i osiąga rekordowe wielkości, jeśli chodzi o wzrost cen, co sprawia, iż gwarancja rentowności kontraktu zależy w dużej mierze od jasno określonych warunków waloryzacji wynagrodzenia. Potencjalny wykonawca pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia przy tak szybko galopującym wzroście cen mógłby bowiem ponieść stratę, pomimo rzetelnej kalkulacji cen w momencie składania oferty. Takie działanie sprzeciwia się ustawie, a co za tym idzie - zasada swobody umów w tym zakresie ulega ograniczeniu w oparciu o art. 353<sup>1</sup> KC. Swoboda kształtowania postanowień umowy ulega ograniczeniom wynikającym z ustawy. „Ustawowe ograniczenie zasady swobody umów należy wiązać z

przepisami ustawowymi o charakterze bezwzględnie obowiązującym (*ius cogens*)". Takim przepisem jest art. 439 Pzp, gdyż zamawiający ma bezwzględny obowiązek wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy, niż 12 miesięcy oraz dokonania waloryzacji wynagrodzenia. A co za tym idzie, postanowienia kształtujące zobowiązania umowne w sposób sprzeczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 Pzp nie powinny mieć racji bytu. Takie działanie zamawiającego przeczy także zasadzie współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia publicznego, jaką wprowadzono do Pzp na mocy art. 431 Pzp. Podstawowym obowiązkiem umownym zamawiającego w przypadku przedmiotowego zamówienia jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane usługi.

Zdaniem odwołującego, jeżeli podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania zamówienia publicznego, to zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą w sposób lojalny (tj. nie mający na celu wykorzystania silniejszej pozycji zamawiającego w stosunku zobowiązaniowym) oraz w sposób zmierzający do zapłaty wynagrodzenia w wysokości, która jest ekwiwalentna do przedmiotu zamówienia i pozwoli na pokrycie niezbędnych kosztów, związanych z realizacją usługi. W przypadku natomiast przedmiotowego zamówienia, zamawiający przerzucił wszelkie ryzyka, związane z realizacją zamówienia na wykonawcę.

Konkludując, w ocenie odwołującego, zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący obejście przepisów art. 439 ust. 1 Pzp, a co za tym idzie - postanowienia umowy w takim brzmieniu nie powinny być akceptowane i powinny ulec zmianie. Odwołujący wniósł zatem o zmianę postanowień umowy, w taki sposób, aby wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost cen materiałów lub kosztów w stosunku do cen/kosztów, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o zmianę § 11 ust. 12 projektu umowy w zakresie postanowień zgodnych z art. 439 Pzp tj. klauzuli, na podstawie której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, przez wykreślenie § 11 ust. 5 i 12 i wpisanie w ich miejsce postanowień o treści:

*1) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy -, przy czym zmiana jest dopuszczalna:*

*- w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację*

wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadła składania ofert;

- w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;

Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 6 miesięcy.

Ostatni zarzut oznaczony pkt 4 wskazywał na postanowienie określone w § 10 ust. 10 projektu umowy.

Odwołujący zarzucił, że ustalenie przez zamawiającego limitu kar umownych na poziomie pięciokrotnie wyższym niż wartość umowy stanowi rażące naruszenie przepisu art. 436 pkt 3 Pzp. Odwołujący wskazał, że zamawiający, ustalając górny limit kar umownych, winien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 Pzp. Jak podniósł odwołujący, kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, zamawiający powinien pamiętać ustalając maksymalną wysokość kar umownych, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy. W konsekwencji zamawiający, określając górny limit kar umownych, winien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych, wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie zamawiającego do konstruowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych. Odwołujący zaznaczył, iż zamawiający ustalając maksymalny limit kar umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współzycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym

naruszył dyspozycję art. 3531 k.c. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Odwołujący podkreślił, że kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 k.c. jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Nie jest więc dopuszczalne zastrzeżenie kary, w sytuacji, gdy zamawiający nie ponosi szkody ze względu na działania lub zaniechania wykonawcy. W takim wypadku wykonawca nie powinien być obciążany karą, gdyż stoi to w sprzeczności z przepisami kodeksu cywilnego o odszkodowaniu za nienależyte wykonanie zobowiązania. Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada.

Odwołujący wskazał, że przy limicie kar umownych na poziomie 500% wartości wynagrodzenia za całość umowy - wykonawcy nie są de facto w stanie sporządzić rzetelnej oferty, gdyż nie mogą należycie ocenić ryzyka, odpowiadającego regułom rynkowym. Zamawiający nie powinien zapominać, iż jego obowiązkiem jest współdziałanie przy realizacji przedmiotu zamówienia na gruncie przepisu art. 431 Pzp zgodnie z przepisem art. 354 § 2 k.c. Odwołujący zauważył, iż dowodzi to jednocześnie, że zaproponowane, czy raczej narzucone przez zamawiającego kary, będą w istocie nienależnym świadczeniem, którego uiszczenie spowoduje wzbogacenie zamawiającego ponad kwoty realnie poniesionych kosztów lub strat. Stanowiło to w ocenie odwołującego, także naruszenie zasad współżycia społecznego. Odwołujący wskazał na dysharmonię wobec limitu wartości kar stosowanych na podobnych zamówieniach realizowanych obecnie w Polsce, których maksymalna wysokość kar umownych nie przekracza z reguły pułapu 20% wartości umowy. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 roku (V ACa 483/08), wśród okoliczności, rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej, jako rażąco wygórowanej, wskazuje się na stopień winy dłużnika, jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody. Odwołujący zaznaczył, że nie sposób uzasadnić poglądu, iż skoro zamawiający uzyska należne mu świadczenie, to powinien on



też otrzymać od wykonawcy takie wysokie kary umowne. Akceptacja powyższego stanowiska prowadziłaby do nieuprawnionego wniosku, iż kara umowna może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia jednej ze stron kosztem drugiej. Kara umowna stanowi sankcję cywilnoprawną, której celem jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Winna ona wyłącznie kompensować negatywne konsekwencje prawne wynikające z uchybienia realizacji obowiązków umownych, natomiast nie może być postrzegana w kategoriach środka prawnego, chroniącego jedną ze stron ponad miarę. Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi jednak mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wniósł o zmianę treści SWZ postanowienia § 10 ust. 10 projektu umowy, przez zmniejszenie sumy kar umownych tj. wykreślenie wartości „500%” i zastąpienie jej wartością „20%”.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 16 grudnia 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 19 grudnia 2022 r. oraz załączoną do odwołania i odpowiedzi na odwołanie, w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- treść pytań do SWZ zadanych w dniu 29 i 30 listopada 2022 r.;
- załącznik nr 7 do SWZ tj. projekt umowy po modyfikacjach, opublikowany w dniu 1 grudnia 2022 r.;
- załącznik nr 7 do SWZ tj. projekt umowy po modyfikacjach, opublikowany w dniu 6 grudnia 2022 r.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2022 r. dokonał modyfikacji treści SWZ, w tym załącznika nr 7 tj. projektu umowy. Kwestionowane w odwołaniu treści postanowień projektu umowy prezentowały się następująco:

- § 11 ust. 5:

*5. Wykonawca we wniosku o zmianę wynagrodzenia wskazuje jaki udział w wynagrodzeniu mają koszty pozapłacowe, a także dołącza dowody finansowe (kopie faktur i rachunków) potwierdzające wzrost kosztów Kwota wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji niniejszej Umowy może być zmieniana o wartość zmian, o których mowa z zastrzeżeniem, że pierwsza waloryzacja może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy. Strona wnioskująca o zmianę wynagrodzenia dokona wyliczenia zmian cen jednostkowych i różnic po waloryzacji. Strony dopuszczają waloryzację, jeżeli zmiana wskaźnika cen przekroczy 20% w stosunku do wielkości wskaźnika liczonego od dnia podpisania Umowy. Wzrost liczony jest wyłącznie w stosunku do zakresu pozostającego do wykonania po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione na podstawie postanowień zawartych w niniejszym punkcie, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania Podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są usługi i okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.;*

- § 11 ust. 6:

*6. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający nie przekroczy 10 % w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto;*

- § 11 ust. 12:

12. W wypadku zmiany określonej w ust. 1 pkt 6 wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o kwotę odpowiadającą średniorocznemu wskaźnikowi cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Kwota zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie odnosić się wyłącznie do tej części wynagrodzenia Wykonawcy, która nie obejmuje wynagrodzeń pracowników wykonujących prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy.

Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić na jego wniosek, od miesiąca następującego po publikacji komunikatu Prezesa GUS, z zastrzeżeniem § 11 ust. 13 niniejszej umowy.

Pierwsza zmiana wynagrodzenia na podstawie niniejszego ustępu może nastąpić najwcześniej w 2024 r.;

- § 10 ust. 10:

10. Łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający nie może przekroczyć 500 % wynagrodzenia brutto umowy.

W dniu 6 grudnia 2022 r. zamawiający opublikował kolejną modyfikację projektu umowy. Przedmiotową modyfikację w stosunku do powyżej wskazanych postanowień zmieniony został wyłącznie § 10 ust. 10, którego treść przedstawiła się następująco:

10. Łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający nie może przekroczyć 50 % wynagrodzenia brutto umowy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 16 pkt 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.;

- art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp – Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

(...)

4) 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.;

- art. 17 Pzp – 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.;

- art. 58 k.c. – § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.;

- art. 439 Pzp – 1. 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.

2. W umowie określa się:

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

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, w celu ustalenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, oblicza się różnicę między średnią ceną materiałów lub kosztów, obowiązującą w dniu otwarcia ofert, a ceną nabycia materiałów lub rzeczywiście poniesionych kosztów przez wykonawcę, zgodnie z ust. 2.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1–3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;

2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.;

- art. 8 Pzp – 1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

2. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny.

3. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.

4. Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze.

5. Dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.;

- art. 431 Pzp – Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia.;

- art. 5 k.c. – *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*;

- art. 353<sup>1</sup> k.c. – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*;

- art. 484 § 2 k.c. – *Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów oznaczonych w *petitum* odwołania pkt 1 i 2 skład orzekający zwrócił uwagę, że odwołujący powołał się na tezy zawarte w wyroku z dnia 2 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 2984/22. Jak słusznie wskazano w powyżej wskazanym orzeczeniu instytucje uregulowane w art. 436 pkt 4 lit. b Pzp oraz w art. 439 Pzp stanowią dwie odrębne podstawy do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Pierwszy z ww. przepisów nakazuje wprowadzenie do umowy 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. Oba te przepisy stanowią przejaw ograniczenia swobody kontraktowej stron, wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego.

W dalszej kolejności w uzasadnianiu ww. wyroku stwierdzono, że *ratio legis* normy art. 436 pkt 4 lit. b Pzp zasadniczo pozostaje tożsame jak funkcjonującego w poprzednim stanie prawnym art. 142 ust. 5 Pzp. Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący nakazujący przewidzenie w umowie postanowień, na mocy których, w razie zmiany wysokości obciążeń publicznoprawnych, modyfikacji ulegnie również wynagrodzenie wykonawcy. Chociaż w treści obecnie obowiązującego art. 436 pkt 4 lit. b Pzp, charakter zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą obciążeń publicznoprawnych nie został opisany słowem „odpowiednie”, tak jak miało to miejsce na gruncie art. 142 ust. 5 poprzednio obowiązującej ustawy, należy przyjąć, że również na gruncie aktualnych przepisów zmiany te powinny mieć

właśnie „odpowiedni” charakter. Powyższe oznacza, że waloryzacja wynagrodzenia określonego w umowie musi nastąpić w takim stopniu oraz w takim zakresie, w jakim wynika to ze zmiany przepisów oraz w jakim dotyczy danego wykonawcy, tj. z uwzględnieniem konkretnego (mierzalnego) wpływu zaistniałych zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych na wzrost (lub też obniżenie) kosztów realizacji zamówienia przez danego wykonawcę (zob. wyrok z dnia 5 września 2018 r., KIO 1681/18). Innymi słowy, zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy powinno nastąpić w takim stopniu, w jakim zmiany prawa, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b Pzp, wpływają na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. W związku z powyższym, zdaniem Izby, brak jest uzasadnienia dla limitowania zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli podyktowana jest ona okolicznościami, o których mowa w ww. przepisie.

Powyżej opisane stanowisko w pełnej rozciągłości zasługuje na akceptację, jednakże skład orzekający zauważył niebagatelne różnice pomiędzy stanami faktycznymi obu spraw tj. przedmiotową sprawą, a sprawą w której zapadło orzeczenie o sygn. akt KIO 2984/22. W sprawie o sygn. akt KIO 2984/22 zamawiający wprowadził limit waloryzacji wynagrodzenia w stosunku do obu podstaw waloryzacji tj. zarówno tej przewidzianej w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp jak i tej wskazanej w art. 439 Pzp, co wynikało wprost z treści projektu umowy. W przedmiotowej sprawie Izba doszła do przekonania, że limit maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia dopuszczony przez zamawiającego, który został przewidziany w § 11 ust. 6 projektu umowy należy odnieść wyłącznie do podstawy waloryzacji wynagrodzenia określonej w art. 439 Pzp, szczególnie zważywszy na to, że ust. 2 pkt 4 przedmiotowego przepisu nakłada na zamawiających konieczność określenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Jak wynikało z treści § 11 projektu umowy waloryzacja, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp została opisana w ust. 2-4, natomiast ust. 5 i 6 odnosiły się do waloryzacji wskazanej w art. 439 Pzp.

W uzasadnieniu orzeczenia dla sprawy KIO 2984/22 w kontekście możliwości limitowania waloryzacji, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp, w oparciu o zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> k.c. trafnie wskazano, że zasada ta jest ograniczona właściwością (naturą) stosunku, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego. Zdaniem Izby wprowadzenie do umowy postanowienia limitującego waloryzację, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp, sprzeciwiałoby się celowi, dla którego regulacja ta została wprowadzona do ustawy i wypaczyłoby jej cel. Powyższa konstatacja oznacza, że limitowanie wynagrodzenia w oparciu o waloryzację, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> k.c. Skutkiem przyjęcia powyższego twierdzenia jest uznanie, że wszelkie limity dotyczące waloryzacji wynagrodzenia zawarte w projekcie umowy mogą

odnosić się wyłącznie do waloryzacji określonej w art. 439 Pzp, natomiast postanowienia umowne, które wprost i wyraźnie limitują możliwość waloryzacji wynagrodzenia na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b Pzp powinny być uznane za niedopuszczalne.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy limit maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia dopuszczony przez zamawiającego w stosunku do wartości całkowitego wynagrodzenia brutto nie wskazywał na okoliczności dotyczące waloryzacji zawarte w art. 436 pkt 4 lit. b Pzp, przez co należało uznać, że odnosił się wyłącznie do waloryzacji opisanej w art. 439 Pzp. Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp w zw. z art. 16 i 17 Pzp i w zw. art. 58 k.c.

Jeśli chodzi o zarzuty wskazane pkt 1 i 3 *petitum* odwołania Izba doszła do przekonania, że ich istota sprowadzała się do kwestii częstotliwości dokonywania waloryzacji na podstawie art. 439 Pzp. Odwołujący powołując się na zmianę treści art. 439 Pzp, która weszła w życie w listopadzie 2022 r., wywodził, że zgodnie z tą nowelizacją waloryzacja powinna nastąpić najpóźniej 6 miesięcy po podpisaniu umowy i w takich odstępach czasowych należy ją następnie dokonywać. Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego stanowiło niedopuszczalną interpretację art. 439 Pzp. Zmiana ustawy w zakresie przedmiotowego przepisu, która weszła w życie w listopadzie 2022 r., wprowadziła obowiązek waloryzacji wynagrodzenia w zakresie umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Nie wprowadziła natomiast obowiązku waloryzacji umowy co 6 miesięcy.

Izba nie stwierdziła, aby zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy przy określeniu waloryzacji kosztów pozapłacowych, jeżeli zmiana wskaźnika cen przekroczy 20% w stosunku do wielkości wskaźnika liczonego od dnia podpisania umowy. W tym zakresie skład orzekający przyznał rację zamawiającemu, który wyjaśnił, że przy obecnej inflacji w Polsce oscylującej od paru miesięcy w okolicach 17%, wykonawca działający z należytą starannością powinien uwzględnić przedmiotową okoliczność składając ofertę. W celu zachowania uczciwej konkurencji zamawiający wskazał w projekcie umowy potencjalnym wykonawcom żeby przy składaniu ofert uwzględnili waloryzację kosztów pozapłacowych przynajmniej na poziomie 20%. Powyżej wskazany mechanizm ma docelowo zapobiegać sytuacji składania przez niektórych wykonawców zaniżonych ofert w stosunku do warunków rynkowych, które nawet przy niskich zmianach cen skutkowałyby stratą wykonawcy.

W ocenie Izby działania zamawiających skłaniające wykonawców do realnej i rynkowej wyceny oferty powinny zasługiwać na aprobatę o ile nie naruszają przepisów ustawy. Izba nie dopatryła się takich naruszeń w przedmiotowej sprawie w związku z tym usunięcie treści paragrafów § 11 ust. 5 i 12 mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której oferent przedstawi ofertę poniżej realnej ceny rynkowej tylko po to aby wygrać przetarg, starając się później



zrekompensować zaniżoną cenę usiłując wykorzystać klauzule waloryzacyjne. Dlatego też zamawiający w projekcie umowy wskazał wykonawcom, że przy obecnej dwucyfrowej inflacji należy uwzględnić w ofercie 20% wzrost kosztów pozapłacowych.

Ponadto skład orzekający uznał, że nie można przychylić się do żądania odwołującego polegającego na wykreśleniu treści § 11 ust. 5 i 12 i zastąpieniu ich postanowieniami zawartymi w treści żądania, ze względu na to, że wykonawca w rzeczywistości ustalając *wzrost lub spadek o min. 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert* przerzuca ryzyko swojej działalności gospodarczej na zamawiającego. Wskaźnik zmian wyznaczony na poziomie 0,2% nie tylko w obecnych realiach gospodarczych, ale i w czasie gdy inflacja wynosiła około 4% przenosi w rzeczywistości ryzyko przedsięwzięcia na zamawiającego.

Klauzule waloryzacyjne zmiany wynagrodzenia nie mogą stanowić podstawy do zdjęcia z wykonawcy ryzyka prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym, które ma na celu ograniczenie, a nie wyłączenie ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia.

Reasumując w ocenie składu orzekającego zamawiający wywiązał się z obowiązku nałożonego przez art. 439 Pzp i zawarł w projekcie umowy klauzule waloryzacyjne, zawierające postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Błędne jest utożsamianie określenia obowiązkowych klauzul waloryzacyjnych w umowach zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy z obowiązkiem dokonywania waloryzacji co 6 miesięcy. Termin waloryzacji w zależności od sytuacji może być krótszy lub dłuższy niż 6 miesięcy w zależności od występujących czynników. Zamawiający uwzględniając specyfikę zamówienia i będąc stroną która dba o prawidłowe zaspokojenie potrzeb publicznych określa zasady w tym termin waloryzacji na których umowę chce zawrzeć. Obecnie na rynku nie występują czynniki, które nie byłyby znane podmiotom prowadzącym działalność objętą przedmiotem zamówienia. Znana jest wysokość wskaźnika inflacji, znane są wskaźniki wzrostu wynagrodzenia minimalnego na nadchodzący rok. Dlatego też żądania odwołującego okazały się bezzasadne. Zamawiający w projekcie umowy przewidział, możliwość zaistnienia zmian niemożliwych do przewidzenia i niezależnych od stron umowy, na które powołuje się odwołujący. Tym samym Izba oddaliła zarzuty dotyczące naruszenia art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Pzp.

W odniesieniu do ostatniego zarzutu, podniesionego w pkt 4 *petitum* odwołania, Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 6 grudnia 2022 r. zmienił treść § 10 ust. 10 projektu umowy przez wskazanie, że łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić

zamawiający nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia brutto umowy. W wyniku przedmiotowej zmiany cała argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania, odnosząca się do wcześniejszej maksymalnej wysokości kar umownych opiewającej do 500% wynagrodzenia brutto umowy, okazała się nieaktualna.

Odwołujący na rozprawie w zakresie przedmiotowego zarzutu zwrócił jedynie uwagę, że przedmiotowy zarzut powinien zostać umorzony na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, ponieważ zamawiający *de facto* uwzględnił przedmiotowy zarzut, gdyż zmienił górną granicę maksymalnej wysokości kar umownych. Izba nie mogła zaakceptować stanowiska odwołującego w przedmiotowej sprawie z uwagi na to, że zamawiający nie złożył oświadczenia w zakresie uwzględnienia tego zarzutu, nie zmienił treści kwestionowanego postanowienia projektu umowy zgodnie z żądaniem odwołującego oraz pomiędzy stronami w dalszym ciągu istniał spór odnośnie treści § 10 ust. 10 projektu umowy. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która mogła zostać uznana przez skład orzekający za zasadną tym samym Izba rozstrzygnęła powyżej wskazany spór na korzyść zamawiającego, oddalając zarzut naruszenia art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 k.c.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: .....