

Wrocław, dnia 16 października 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02– 676 Warszawa

Odwołujący:

Optima Cleaning Sp. z o. o.

ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000588001; NIP: 8943069512

numer telefonu: **510 013 153**

adres poczty elektronicznej: **k.grabek@impel.pl**

Przedstawiciel (imię i nazwisko): **Katarzyna Grabek**

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kolbuszowej

Grunwaldzka 4; 36-100 Kolbuszowa

KRS: 0000004930; NIP: 8141468382; REGON: 000304504

tel.: 17 2271222

e-mail: przetargi@szpital.kolbuszowa.pl

adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:

www.szpital.kolbuszowa.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 t. j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Całodobowe świadczenie kompleksowych usług w zakresie utrzymania czystości, zapewnienia transportu wewnętrznego oraz pomoc w opiece nad pacjentem pod nadzorem personelu medycznego w obiektach SP ZOZ Kolbuszowa*. (znak postępowania: Eap-2412/13/23/D).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 193 - 605099 z dnia 06.10.2023 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Całodobowe świadczenie kompleksowych usług w zakresie utrzymania czystości, zapewnienia transportu*

wewnętrznego oraz pomoc w opiece nad pacjentem pod nadzorem personelu medycznego w obiektach SP ZOZ Kolbuszowa. Numer referencyjny: Eap-2412/13/23/D.

- II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. art. 433 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści projektu umowy postanowień umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 2) art. 439 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.94 z zm.) – *dalej kc* poprzez:
 - a) wadliwe określenie we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
 - b) nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przy projektowaniu treści projektu umowy polegającej na uwzględnieniu jedynie swoich interesów przy sformułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 Ustawy podczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać;
 - c) sformułowanie klauzuli w przedmiocie zmiany wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, która nie spełnia wymogów art. 439, gdyż nie zawiera obligatoryjnych postanowień w przedmiocie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy tj. postanowień o których mowa w art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy.

- III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) w zakresie zarzutu nr 1) - dodanie do wzoru umowy postanowienia, że:

Całkowita maksymalna wielkość ograniczeń zamówienia, dopuszczalnych na podstawie postanowień niniejszej umowy nie przekroczy 15% wartości netto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 10 ust. 1a umowy.
- 2) W zakresie zarzutu nr 2 - zmianę § 11a wzoru umowy polegającą na modyfikacji ww. postanowienia w sposób, który spowoduje jego zgodnością Ustawą tj. nadanie § 11a wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) na przykład następującej treści:

W związku z realizacją postanowień art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, Strony postanawiają, że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją umowy, waloryzacja wynagrodzenia umownego wykonawcy będzie następować na następujących zasadach:

- 1) całkowite wynagrodzenie brutto Wykonawcy i ceny jednostkowe brutto ustalone w umowie waloryzowane będą po upływie każdego kolejnego kwartału realizacji umowy, pod warunkiem, że spełnione zostaną wymogi określone w poniższych pkt 2 – 5; poprzez pojęcie kwartału Strony rozumieją kwartał w ujęciu kalendarzowym;
- 2) zmiana wynagrodzenia wykonawcy w danym kwartale nastąpi, jeżeli zmiana cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją umowy w tym kwartale, będzie wyższa o co najmniej 2,75 % od wysokości tychże cen lub kosztów w poprzednim kwartale, ustalonych na podstawie Wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w ujęciu kwartalnym, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”;
- 3) zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następowała od pierwszego dnia miesiąca, następującego po dniu publikacji komunikatu, o którym mowa w ust. 2;
- 4) wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa wzrostowi Wskaźnika, wskazanego w pkt 2 i będzie dokonywana:
 - a) w przypadku pierwszej waloryzacji - od wartości wynagrodzenia, określonego w umowie;
 - b) w przypadku każdej kolejnej waloryzacji - od wartości wynagrodzenia, ustalonego w wyniku poprzedniej waloryzacji;
- 5) łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy może wynieść 15% całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego na dzień zawarcia umowy;
- 6) Zamawiający, po każdej zmianie Wskaźnika, spełniającej wymagania określone w pkt. 2, zwaloryzuje wynagrodzenie umowne na zasadach określonych w pkt. 3 i 4;
- 7) Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy i cen jednostkowych, nie wymaga zmiany umowy.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy i przepisów Kodeksu cywilnego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego uzyskania realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu ewentualnej realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na

podstawie art. 3 Ustawy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.10.2023 roku. Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych pięćset złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Całodobowe świadczenie kompleksowych usług w zakresie utrzymania czystości, zapewnienia transportu wewnętrznego oraz pomoc w opiece nad pacjentem pod nadzorem personelu medycznego w obiektach SP ZOZ Kolbuszowa.*

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, oraz przepisami ustawy Kodeks cywilny.

Uzasadnienie zarzutów podniesionych powyżej w odwołaniu.

1. MINIMALNA WARTOŚCI LUB WIELKOŚCI ŚWIADCZENIA STRON

1.1. Zgodnie z postanowieniem § 11 ust. 4 – 5c wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SWZ):

4. *Zamawiający dopuszcza zmianę zakresu umowy w przypadku zaistnienia lub zmiany niezbędnych potrzeb Zamawiającego. Powyższa zmiana może spowodować odpowiednią, stosunkową zmianę wynagrodzenia Wykonawcy. Zamawiający dopuszcza w szczególności zmianę dotyczącą zmniejszenia, wyłączenia lub powiększenia zakresu przedmiotu umowy w przypadku włączenia lub wyłączenia z użytkowania pomieszczeń, sprzętu, powiększenia zakresu wykonywania umowy o inne powierzchnie lub obiekty z uwagi na zmianę okoliczności które nie były przewidywane w chwili zawarcia umowy.*
5. *W przypadku zmiany powierzchni lub innych warunków wykonywania przedmiotu umowy, strony sporządzą aneks określający ww. zmianę, w tym w szczególności określą inny sposób, inny zakres itd. wykonywania umowy, w tym m.in. ilość metrów kwadratowych objętych ww. zmianą umowy, opis nowego sposobu wykonywania umowy wraz z wynagrodzeniem miesięcznym które może ulec zmianie odpowiednio do zmienionych okoliczności mając na względzie w szczególności wielkość powierzchni objętej zmienioną usługą, czas dodatkowego zaangażowania personelu, w tym zmiany w minimalnej obsadzie. Przy szacowaniu stawki zmienianego wynagrodzenia strony będą kierować się ceną za metr kwadratowy realizacji usługi, ceną za godzinę pracy personelu -podanych w formularzu cenowym, a także ewentualną koniecznością lub nie zwiększenia obsady personelu do obsługi transportu.*

5a Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany przeznaczenia /funkcji/ poszczególnych pomieszczeń i budynków stanowiących przedmiot wykonania umowy z prawem stron do stosunkowej zmiany wynagrodzenia w zakresie wynikającym z ww. zmiany, ust. 4 stosuje się odpowiednio.

5b. W przypadku remontów pomieszczeń SP ZOZ w Kolbuszowej trwających jednorazowo dłużej niż 2 dni kalendarzowe, wyłączających powierzchnie SP ZOZ w Kolbuszowej z użytku, Udzielający Zamówienie może pomniejszyć wynagrodzenie Wykonawcy o kwotę wynikającą z ilości wyłączonych metrów kwadratowych powierzchni oraz ilości godzin pracy personelu na danych odcinku. Przy szacowaniu stawki zmienianego wynagrodzenia strony będą kierować się ceną za metr kwadratowy realizacji usługi, ceną za godzinę pracy personelu -podanych w formularzu cenowym.

5c. W przypadku obniżki wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacjach wskazanych w umowie, Wykonawcy nie będzie służyło prawo dochodzenia jakichkolwiek roszczeń w tym odszkodowawczych w stosunku do Zamawiającego.

1.1. Mając na uwadze powyższe postanowienia SWZ, Odwołujący podnosi, że są one niezgodne z art. 433 pkt 4 Ustawy, gdyż:

- 1) dopuszczają nieograniczoną możliwość redukcji zamówienia przez Zamawiającego;
- 2) maksymalność wielkość lub wartość redukcji zamówienia jest nieograniczona;
- 3) minimalna gwarantowana wielkość świadczenia wykonawcy jak i Zamawiającego jest nieznana i nieokreślona w postanowieniach umowy;
- 4) ograniczenie wielkości zamówienia będzie skutkowało jednocześnie proporcjonalnym obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy .

1.2. Wobec powyższego, wykonawca na podstawie SWZ nie uzyskał, informacji jaka jest maksymalna wielkość lub wartość usługi, która może być wyłączna w związku z umową oraz nie uzyskał informacji jaki jest maksymalny okres wyłączenia. Wartości i wielkości podane w SWZ są nieokreślone, pozwalają na ich dowolną i rozszerzającą interpretację w toku realizacji umowy a w konsekwencji obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zwiększonych lub wydłużonych włączeń. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że wbrew wymogom art. z art. 433 pkt 4 Ustawy, wzór umowy nie zawiera minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron mimo, że Zamawiający zastrzegł możliwość ograniczenia zamówienia.

1.3. Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, Zamawiający w umowie nie może zastrzegać sobie prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Oznacza to, że przedmiot umowy powinien być określony w taki sposób, by wykonawca mógł ustalić minimalny, pewny zakres lub wielkość przyszłego swojego świadczenia oraz wysokość odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Wymiar tego zakazu jest dwójaki. Po pierwsze, chroni on wykonawcę przed stratami ponoszonymi w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, w sytuacji gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy jest znacznie mniejszy czy wręcz znikomy. Po drugie, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia, a co za tym idzie - przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych

określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie W opisie przedmiotu zamówienia zakresu gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.) uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Izba wskazała, że zastrzeżenie takie prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego. Zatem, jeśli nawet zamawiający nie jest w stanie w precyzyjny sposób określić swoich potrzeb, dla zaspokojenia których udziela zamówienia, nie może określić jedynie maksymalnej wartości zobowiązania i zastrzec, że zamówienie będzie realizować według bieżących, rzeczywistych potrzeb. Zobowiązany jest wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Zamawiający może w takim przypadku skorzystać również z instytucji prawa opcji, które pozwala na rozszerzenie zamówienia podstawowego o towarzyszące mu usługi lub dostawy. (Jaworska Marzena [red.], *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, 2021, [w]: komentarz do art. 433, pkt B.4).

- 1.4. Odwołujący podkreśla, że ww. działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 433 ustawy Pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 433 ustawy Pzp było m.in., że „specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.
- 1.5. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Prawem zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać w szczególności zakres zamówienia. Innymi słowy powinien on określać „ilość zamówienia” (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08). Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym umożliwia, bowiem wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty. Odrębną kwestią jest to, że Zamawiający tylko wskutek prawidłowego przedmiotu zamówienia będzie mógł prawidłowo oszacować wartość zamówienia z należytą starannością. Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie dają podstaw do odstąpienia przez

Zamawiającego od precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem jego ilości/wielkości, nawet w przypadku, gdy jego zapotrzebowanie jest trudno przewidywalne. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09), zgodnie, z którym *„przepis art. 29 ust. 1 ustawy nie daje podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zapotrzebowanie Zamawiającego jest trudno-przewidywalne. Sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów leczniczych, nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji”*. Stosownie do postanowienia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

1.6. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 99 ust.1 *in principio* ustawy Pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest, zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części usług lub dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z art. 29 tejże ustawy (arg. z wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05). Ponadto, jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (orzeczenie SO dla Warszawy – Pragi z 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05), *„niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby Zamawiającego (...), gdyż jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego”*.

1.7. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. *„Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”*. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że *„Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”*.

Należy mieć przy tym na uwadze, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Podkreślenia wymaga również fakt, że również zgodnie z dominującym poglądem doktryny Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, o ile Zamawiający wskaże minimalny próg, do jakiego zobowiązany będzie wykonać zamówienia, a który nie będzie w sposób znaczący odbiegać od wartości maksymalnych (W. Bertman-Janik „Zamówienia na leki”, Przetargi publiczne 2007 r., nr 4, s. 40)

- 1.8. Odwołujący podkreśla ponadto, że kwestionowane postanowienia SWZ nie pozwalają Wykonawcy na należyte skalkulowanie optymalnej ceny w swojej ofercie. Optymalna cena w ofercie Wykonawcy uzależniona jest, bowiem od minimalnej gwarantowanej wielkości zamówienia, a nie maksymalnej szacowanej ilości, usług które może zakupić Zamawiający. Tak, więc inna cena będzie dla maksymalnej ilości zadeklarowanej SWZ, a inna dla ilości pomniejszonych w myśl ww. postanowień SWZ. Przyjęcie możliwości dowolnego zmniejszenia wielkości zamówienia dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez Zamawiającego. Ponadto istotnym jest także, że rezultatem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywileje. Istnienie kwestionowanego zapisu w projekcie umowy powoduje to, że Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.
- 1.9. Odwołujący zwraca również uwagę, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, co pozwala uznać je za niejasne, nieprecyzyjne, dowolne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia społecznego, winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty jak i potencjalnej umowy. Zasady te mają zapewnić równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (wyrok z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).
- 1.10. Odwołujący dodatkowo podkreśla, iż opisane przez Zamawiającego warunki zmiany zamówienia w postaci zmniejszenia są konstruowane w sposób niedookreślony. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach, z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie wielkości sprzątanym powierzchni i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Akceptacja zmiany zamówienia na zasadach określonych w SWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej stron postępowania - Zamawiającego i stanowi nadużycie prawa.

W przedmiotowej kwestii KIO podobnie wypowiedziało się w wyrokach:

KIO z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07:

Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.

KIO z dnia 2 stycznia 2017 r. sygn. akt 2346/16

Zastrzeżenie przez zamawiającego w projekcie umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza, bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty.

Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny, co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym

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

2.1. Zgodnie z § 11a ust. 3 i 15 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SWZ):

1. *Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku wystąpienia i wykazania nadzwyczajnych okoliczności niezależnych od stron, których nie można było przewidzieć pomimo zachowania należytej ostrożności przy szacowaniu oferty, a które w znaczącym stopniu wpływają na koszty realizacji umowy przez Wykonawcę (w związku ze zmianą cen materiałów i kosztów o których mowa w art. 439 Ustawy).*
2. *Strony dopuszczają możliwość ww. zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia, po przeprowadzeniu negocjacji na uzasadniony wniosek strony w razie wykazania (uzasadnienie wraz z udokumentowaniem) wystąpienia okoliczności opisanych w ust. 1, sprecyzowanych w ust. 3 i 4, które poprzez wpływ na zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia mają znaczący wpływ na koszty wykonania umowy.*
3. *Ww. zmiana umowy o której mowa w ust. 1-2 może nastąpić, na wniosek strony, w razie łącznego spełnienia dodatkowych warunków:*
 - *nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty obowiązywania umowy, jeden raz w czasie obowiązywania umowy,*
 - *w razie ponad 30 % wzrostu cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia o których mowa w ust. 1 i 2 i mających istotny wpływ na wartość*

szacownej oferty przy przyjęciu jako terminu początkowego do ustalenia zaistnienia i skali wzrostu dnia złożenia oferty,

- *złożenia wniosku o dokonanie zmiany wynagrodzenia zawierającego stosowne uzasadnienie -wykazanie spełniania wszystkich przesłanek z paragrafu 11A umowy, w tym zawierającego zestawienie i analizę cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia na dzień złożenia oferty oraz na koniec każdego kolejnego miesiąca kalendarzowego z uzasadnieniem ich istotnego wpływu ich zmian na wnioskowaną zmianę wynagrodzenia,*
 - *w sytuacji gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (rok do roku) publikowany przez GUS przekroczy 30%,*
 - *w razie wykazania i udokumentowania okoliczności opisanych w ust. 1-4,*
 - *jeżeli zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nie będzie wyższa aniżeli 5 % tego wynagrodzenia.*
4. *Strony nie dokonają zmiany wynagrodzenia nawet jeżeli ww. zmiana poszczególnych cen, materiałów i kosztów osiągnie pułap wskazany w ust. 3, jeżeli strona nie wykaże że ww. zmiany wpłynęły na koszt wykonania zamówienia o co najmniej 25%.*
 5. *Strony dopuszczają możliwość udziału w negocjacjach eksperta w celu uzyskania niezależnej opinii którego koszty poniesienie strona która wystąpiła z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia.*
 6. *W przypadku gdy strony pomimo negocjacji nie dojdą do porozumienia, każda ze stron może wypowiedzieć umowę z zachowaniem 80 dniowego okresu wypowiedzenia. Ww. wypowiedzenie nie będzie rodzić dodatkowych obciążeń finansowych, w tym kar umownych po żadnej ze stron.*
 7. *Okoliczności o których mowa w niniejszym paragrafie nie mogą dotyczyć okoliczności tożsamyh ze wskazanymi w paragrafie 11.*
 8. *W sytuacji zmiany wynagrodzenia, Wykonawca którego wynagrodzenie zostało zmienione na podstawie paragrafu 11A, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcom w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązań podwykonawców. O wykonaniu ww. obowiązku Wykonawca obowiązany jest poinformować Zamawiającego. Brak przedłożenia ww. informacji, brak zapłaty lub nieterminowa zapłata przez Wykonawcę ww. Podwykonawcy ww. zmienionego wynagrodzenia będzie skutkować naliczeniem przez Zamawiającego kar umownych w wysokości 500 zł. za każdorazowe uchybienie ww. obowiązkom w stosunku do każdego podwykonawcy który został objęty ww. zmianom wynagrodzenia. W pozostałej części do kar umownych strony stosują regulacje określone w paragrafie 8 niniejszej umowy i powszechnie obowiązujących przepisach.*

1.1. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Ustawą oraz Kodeksem cywilnym, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji

wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa:

- 1) wyłącznie jeden raz w toku realizacji zamówienia;
- 2) po upływie zastrzeżonego w umowie okresu baezwaloryzacyjnego (6 miesięcy od daty obowiązywania umowy)

oraz pod warunkiem, że

- 3) ceny materiałów i kosztów istotnych do wykonania usługi wzrosną o 30%
i
- 4) *wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych* (opublikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłoszonych w „Monitorze Polskim” Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej) w ujęciu rocznym przekroczy 30%
i
- 5) wykonawca wykaże że ww. zmiany z pkt 3) i 4) wpłynęły na koszt wykonania zamówienia o co najmniej 25%

Ponadto Odwołujący podnosi, że ww. klauzula:

- 6) nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy
- 7) skutkuje nieistotną (kosmetyczną) zmianą wynagrodzenia wynagrodzenia.

Uzasadnienie stanowiska Odwołującego.

1.1.1. w zakresie powyższego pkt 1) i 2)

Odwołujący podnosi, że literalna treść art. 439 Ustawy nie uprawnia Zamawiającego do zastrzegania w umowie jakichkolwiek okresów bezwaloryzacyjnych. Odwołujący zwraca uwagę na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt: X GC 5/23, dotyczący analogicznego zagadnienia, rozstrzygniętego na kanwie art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Zgodnie, z przywołanym wyrokiem: *w ocenie Sądu, na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, określenie zasad dokonania zmian wynagrodzenia należnego stronie powodowej, nie oznacza możliwości ograniczania czasu waloryzacji, a powinno to być oznaczenie technicznych zasad, na jakich ta zmiana powinna się pojawić. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu, Zamawiający zobowiązany jest określić w postanowieniach umownych okoliczności, w jakich wynagrodzenie może podlegać zmianie oraz procedurę prowadzącą do ustalenia wysokości tej zmiany i termin jej wprowadzenia. Tymczasem strona pozwana narzuciła ograniczenie dotyczące momentu, kiedy strona pozwana mogłaby złożyć wniosek o waloryzację, co w świetle wykładni przepisu art. 436 pkt 4 lit. b PrZamPubl., powinno zostać ocenione jako bezskuteczne, albowiem w przypadku*

zmiany przepisów regulujących m.in. wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, gdy zmiana ta ma wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę – co pozostaje aktualne w niniejszej sprawie – zmiana wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego staje się niezbędna. Zdaniem Sądu, rzeczona zmiana nie powinna być zatem odwlekana w czasie przez narzucenie ograniczeń w zakresie możliwości złożenia stosownego wniosku o dokonanie waloryzacji. W piśmiennictwie podkreśla się, iż przepis art. 436 pkt 4 lit. b Pr.zam.publ. przewiduje automatyczną waloryzację w przypadku zmian w nim określonych (zob. M.Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, teza 7 do art. 436). W wyroku z dnia 4 września 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że terminy wejścia w życie i zakres zmiany wynagrodzenia winny być uzależnione od treści i daty wejścia w życie przepisów prawa, wprowadzających zmiany do regulacji dotychczasowych i nie powinny być zależne od woli jednej ze stron stosunku prawnego. Celem regulacji art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie obu stronom umowy pewności, że w razie zaistnienia zmiany stosownych przepisów, treść umowy zostanie odpowiednio dostosowana do tej zmiany. Temu służy zawarcie w postanowieniach umowy automatycznych mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Automatyzm tych mechanizmów polega jednak na tym, że konsekwencje dokonanych zmian wynagrodzenia muszą znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy, odpowiednio w terminie, w którym zmiany te weszły w życie (zob. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2018 r., sygn. akt KIO 1601/18).

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zwraca również, uwagę, że użyte w treści art. 439 ust. 1 pkt 1 sformułowanie, że *w umowie określa się (...) początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia* nie stanowi podstawy do wprowadzania do umów okresów bezwaloryzacyjnych. Sformułowanie to oznacza, że *początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia winien zostać określony poprzez wskazanie danego punktu w czasie, który posłuży do oceny zaistnienia zmiany uprawniającej do modyfikacji wynagrodzenia, jak również do ustalenia, czy poziom tej zmiany przekracza wartość wskazaną w umowie.* (https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf). Odwołujący wskazuje, że ww. punkt w czasie określa par. 11a ust. 3 myślnik trzeciego wzoru umowy. Punktem tym jest *dzień złożenia oferty oraz koniec każdego kolejnego miesiąca kalendarzowego.*

Wobec powyższego, zastrzeżenie zawarte w ww. § 11a wzoru umowy, na mocy, którego waloryzacja może dotyczyć wyłącznie okresu następującego po upływie 6 miesięcy obowiązywania umowy, jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania treści umowy oraz zmierza do obejścia przepisów prawa. Opisany powyżej sposób formułowania postanowień umownych stanowi obejście prawa, ponieważ skutkuje czasowym uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku stosowania art. 439 Ustawy. Zastrzeżenie dotyczące wyłączenia stosowania art. 439 Ustawy dla pewnych części kontraktu

znaczonych np. poprzez wskazanie terminu nie mieści w granicach swobody określenia zasad, o których mowa w art. 439 Ustawy. Zgodnie z art. 439 Ustawy zasady aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy powinny być bezpośrednio związane z metodą służącą wykazaniu zmiany cen lub materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Zastrzeżony w przedmiotowej umowie okres bezwaloryzacyjny nie służy zbadaniu zmiany cen, ale wyłącznie ma na celu zniesienie obowiązku zmiany wynagrodzenia w oznaczonym okresie – tj. zgodnie z par. 11a ust. 3 myślin pierwszy wzoru umowy przez pierwszych sześć (6) miesięcy obowiązywania umowy. Postanowienie to nie stanowi technicznych zasad, według których strony umowy będą wyliczać/sprawdzać wysokość wskaźnika warunkującego zmianę wynagrodzenia jako taką, ani też zasad według, których dokonywana będzie zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Postanowienie to – tak samo jak ww. sprawie o sygn. akt X GC 5/23, stanowi wyłącznie *ograniczenie dotyczące momentu, kiedy wykonawca może złożyć wniosek o waloryzację*.

Odwołujący podkreśla, że przywołane powyżej zastrzeżenie umowne nie mieści się i nie stanowi zasad zmiany wynagrodzenia, o których mowa w art. 439 ust. 2 Ustawy. Zastrzeżenie to jest dodatkowym warunkiem waloryzacyjnym, który wykracza poza wymogi art. 439 Ustawy. Zastrzeżenie to jest niezgodne z Ustawą i kodeksem cywilnym oraz stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych.

1.1.2. w zakresie powyższego pkt 3 i 4) oraz 5):

Odwołujący podnosi, że zmiana wskaźnika inflacji lub wysokości cen na poziomie przekraczającym 30% świadczy o krachu finansowym i dotyczy zjawiska o nadzwyczajnej sile oddziaływania. Jest to zjawisko wyjątkowo rzadkie i świadczy o załamaniu systemu finansowego w skali makroekonomicznej, które zwykle dotyczy gospodarki całego państwa lub państw.

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

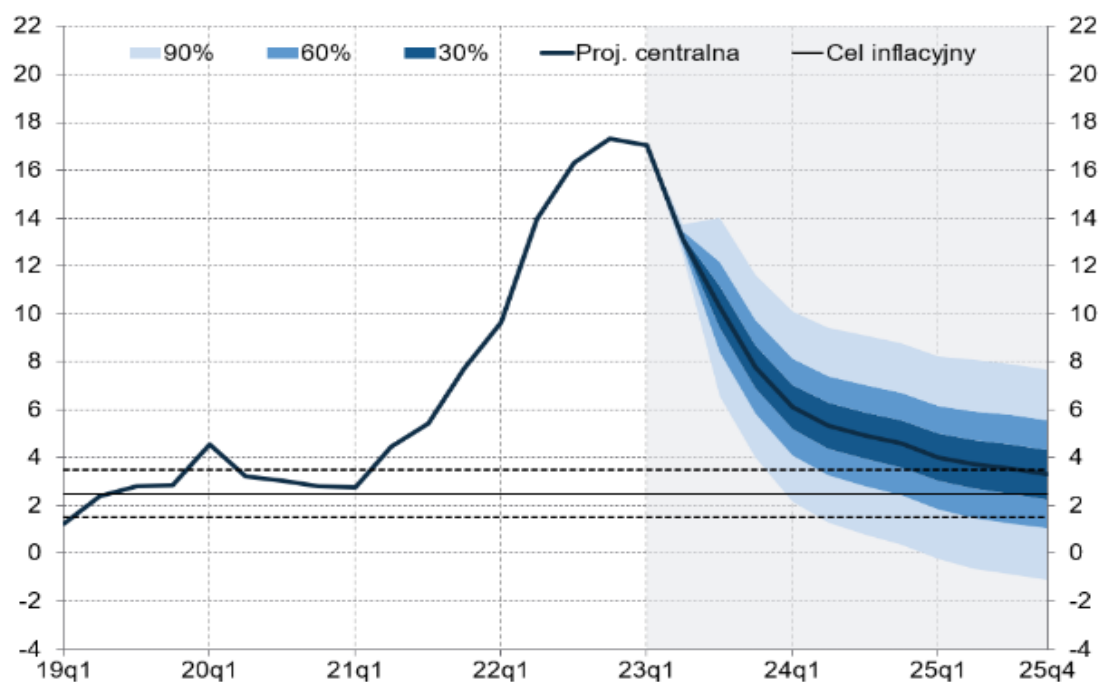
Odwołujący zauważa również, że wykazanie 25% wzrostu całkowitych kosztów wykonania zamówienia, wymaga udowodnienia, że koszty chemii, środków higienicznych i usług niezbędnych do wykonania zamówienia wzrastały wielokrotnie

szybciej niż pensje pracownicze. Koszty pracy stanowią dominującą część kosztów wykonania zamówienia. W związku z powyższym wykazanie ww. wskaźnika 25% wymaga, aby ceny ww. materiałów i usług rosły o wiele szybciej niż pensje. Wykonawca na podstawie ww. postanowienia umownego zobowiązany jest wykazać hiperinflację.

Celem art. 439 Ustawy jest ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji. Tym samym poziom wzrostu ustalony w ww. klauzuli, w ocenie Odwołującego, ze względu na ową „niewystępowalność” oraz nadzwyczajność, powoduje, że ww. klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 pzp i przepisami Kodeksu cywilnego. Tak ustalony wymóg co do wzrostu cen powoduje, że uzyskanie waloryzacji jest niemożliwe. Klauzula zawiera więc warunek niemożliwy do spełnienia. Tego rodzaju zastrzeżenie jest niezgodne z art. 58 kodeksu cywilnego i nadto jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego. Odwołujący zwraca uwagę na art. 94 ustawy Kodeks cywilny zgodnie, z którym *Warunek niemożliwy, jak również warunek przeciwny ustawie lub zasadom współżycia społecznego pociąga za sobą nieważność czynności prawnej, gdy jest zawieszający; uważa się za niezastrzeżony, gdy jest rozwiązujący*. Wobec powyższego umowa w ogóle nie zawiera wymaganej w art. 439 Ustawy klauzuli waloryzacyjnej. Odwołujący podkreśla, że bezspornym jest, że ww. klauzula dotyczy okoliczności o charakterze siły wyższej, gdyż w par. 11a ust. 1 zawiera jednoznaczną treść, że waloryzacja jest dopuszczalna *w przypadku wystąpienia i wykazania nadzwyczajnych okoliczności niezależnych od stron*.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący poniżej przedstawia dane historyczne oraz prognozę inflacji określoną przez NBP dotyczące wskaźnika wybranego przez Zamawiającego. W poniższych informacji wynika, że zmiana ww. wskaźnika na poziomie 30% nie występowała w przeszłości i nie jest przewidywane, aby wystąpiła w okresie przewidywanego w SWZ terminu realizacji zamówienia.

Projekcja inflacji NBP:



Inflacja CPI r/r (%)

1.1.3. w zakresie powyższego pkt 6)

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy. Klauzula nie zawiera regulacji o sposobie ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Z tego powodu klauzula ta jest niezgodna z Ustawą. Przywołana klauzula nie odsyła do żadnego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, ani też do innej podstawy, która ma służyć do dokonania zmiany (aktualizacji) wynagrodzenia wykonawcy. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie został w ogóle wskazany ww. klauzuli. Zamawiający poprzestał na sformułowaniu wobec wykonawcy obowiązku wykazania wzrostu wykazania wzrostu kosztów wykonania zamówienia spowodowanej zmianami w cenach. W zakresie dotyczącym informacji o sposobie ustalenia zmiany wynagrodzenia, Zamawiający poprzestał na ogólnym i enigmatycznym stwierdzeniu, że *Strony dopuszczają możliwość udziału w negocjacjach eksperta w celu uzyskania niezależnej opinii którego koszty poniesienie strona która wystąpiła z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia*. Przywołane postanowienie, ani żadne inne postanowienie umowne nie zawiera informacji o konkretnej metodzie, która będzie stosowana o obliczenia wysokości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy spełni się określony w umowie warunek zawieszający. Wykonawca na podstawie postanowień umownych nie wie jak zostanie obliczona wysokość waloryzacji. Nie jest również wiadomym jakie kryteria Zamawiający będzie stosował do oceny złożonego wniosku waloryzacyjnego, jakie dokumenty Zamawiający uważa za potwierdzające żądanie sformułowane we wniosku. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający wbrew art. 439 ust. 2 pkt 2 Ustawy nie wskazał w umowie w sposób jednoznaczny

i precyzyjny jaką część zmienionych kosztów wykonania zamówienia będzie finansował.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 2 w umowie określa się sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 2 w umowie określa się sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia (...).

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

Odwołujący podkreśla - jak wcześniej -, że na podstawie ww. klauzuli waloryzacyjnej nie wie w jaki sposób i na jakich zasadach jego wynagrodzenie zostanie zindeksowane. Sposób waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy nie został wskazany w umowie. Powyższe oznacza, że ww. sposób zostanie wskazany przez Zamawiającego po podpisaniu, albo ustalony przez strony w drodze negocjacji stron. Oba z powyższych sposobów są niezgodne z Ustawą.

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

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

Odwołujący zaznacza ponadto, że zgodnie z art. 439 ust. 2 i 3 Ustawy, wykonawca na podstawie postanowień wzorca umowy, powinien uzyskać wiedzę jaki poziom ryzyka związanego ze zmianą poziomu cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia zobowiązany będzie sfinansować samodzielnie, a w której części ww.

ryzyka i w jakiej wysokości będzie partycypował Zamawiający. Klauzula zawarta we wzorze umownym nie zawiera ww. informacji. Tym samym klauzule sformułowana przez Zamawiającego jest również z tego powodu wadliwa.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy nie jest dopuszczalne wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne zapisu „otwartego”, umożliwiającego zmianę wynagrodzenia na zasadach ustalonych (sprecyzowanych, zdefiniowanych) przez strony po zawarciu umowy lub jednostronnie przez Zamawiającego. Wprowadzenie do SWZ tego typu „otwartych” postanowień nie stanowi wykonania przez Zamawiającego obowiązków, o których mowa w art. 439 Ustawy. Przeciwnie sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest czynnością sprzeczną z Ustawą, która jako taka wywołuje skutek, o którym mowa w art. 58 § 1 kc. Ponadto sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest również niezgodne z art. 353¹, gdyż stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, przejawiające się w kształtowaniu niedozwolonych ze względu na przepisy Ustawy klauzul waloryzacyjnych, które nie gwarantują ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron.

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

Odwołujący zwraca również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.01.2022 r. (sygn. akt: KIO 3600/21) oraz zawarte w tymże wyroku uzasadnienie zgodnie, z którym: „Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy

[por. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, *Waloryzacja umów*, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.”.

1.1.4. w zakresie powyższego pkt 7)

Zgodnie z par. 11a ust. 3 myślnik ostatni *zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nie będzie wyższa aniżeli 5 % tego wynagrodzenia.*

Odwołujący wskazuje, że tak nisko ustalony maksymalny poziom zmiany wynagrodzenia w żaden sposób nie rekompensuje zmiany kosztów wykonania zamówienia. Poziom ten nie koresponduje z aktualnym wskaźnikiem inflacji, ani z żadnym innym wskaźnikiem, który mógłby potwierdzać, że współfinansowanie zmienionych kosztów wykonania zamówienia na ww. poziomie ma charakter realny i rzeczywisty.

Wartość partycypacji Zamawiającego w zmienionych kosztach wykonania zamówienia stanowi około 1/3 aktualnego wskaźnika inflacyjnego. Tak niski maksymalny poziom zaangażowania Zamawiającego w zmienionych kosztach wykonania zamówienia stanowi dowód na zachwianie równowagi ekonomicznej pomiędzy Stronami umowy.

Odwołujący podkreślam, że na mocy ww. postanowienia umownego Zamawiający zobowiązał się do dokonywania co najwyżej nieistniej podwyżki wynagrodzenia

wykonawcy. Klauzula spełniająca wymogi art. 439 Ustawy wymaga od Zamawiającego stworzenia klauzuli realnie i sprawiedliwie rekompensującej zmiany kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający na mocy ww. klauzuli zdjął z siebie ciężar ponoszenia kosztów ww. zmian a zobowiązał się wyłącznie do ponoszenia kosztów w wysokości uważanej za nieistotne. Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 31 stycznia 2023 r. (sygn. akt: KIO 133/23) *limit waloryzacji wynagrodzenia (...) do 20% to w ocenie Izby poziom (...) rozsądny w świetle zasad doświadczenia życiowego, a także uwzględnia aktualny poziom inflacji i jej możliwy wpływ na koszt realizacji zamówienia.*

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.