

Wrocław, dnia 11 września 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: **510 013 511**

adres poczty elektronicznej: **w.binkowski@impel.pl**

Przedstawiciel (imię i nazwisko): **Wojciech Binkowski**

Zamawiający:

Specjalistyczny Psychiatryczny

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Suwałkach

ul. Szpitalna 62; 16 - 400 Suwałki

KRS: 00056947; NIP: 844-12-47-165 ; REGON: 790244055

tel.: 87 562 64 02

e-mail: przetargi@spzoz.pl

adres strony internetowej Zamawiającego:

www.spspzoj.pl

adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:

<https://ezamowienia.gov.pl/mcclient/search/list/ocds>

identyfikator postępowania na Platformie e-Zamówienia:

ocds-148610- -f6001bd5-4bb5-11ee-a60c-9ec5599dddc1

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.: *Świadczenie usług sprzątnia i utrzymania czystości wraz ze stałą dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz inne usługi*. (znak postępowania: ZP/2/PN/2023).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00382900/01 z dnia 06.09.2023 r..

2. Nazwa postępowania opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych: *Świadczenie usług sprzątnięcia i utrzymania czystości wraz ze stałą dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz inne usługi*. Numer referencyjny: ZP/2/PN/2023 .

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 439 Ustawy w zw. z 137 oraz 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 przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów;
 - 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 lit a) lub b) i 3) Ustawy

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

nadanie § 15 ust. 8 lit e – 2e wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) następującej treści:

Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 8 umowy w zakresie:

- e) *waloryzacji o wartość wskaźnika zmiany cen materiałów i usług, publikowanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy — ceny jednostkowej netto materiału lub usługi — wejdzie w życie nie wcześniej niż począwszy od kolejnego miesiąca kalendarzowego, następującego po miesiącu, w którym opublikowano Komunikat Głównego Urzędu Statystycznego wskazujący zwiększenie wskaźnika cen towarów i usług, stanowiący podstawę do zastosowania niniejszej klauzuli waloryzacyjnej z zastrzeżeniem pkt e.1.*

- e.1. Żadna ze stron nie będzie uprawniona do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy przed upływem 6 miesięcy od dnia rozpoczęcia wykonywania umowy oraz w przypadku w przypadku gdy wskaźnik wzrostu cen towarów i usług w ujęciu rocznym nie przekroczy 8%.*

e.2 Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do 14% wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 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 2 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwoty, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06.09.2023 roku. Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. (treść ww. zmian SWZ w załączeniu do odwołania).

Wpis od odwołania w wysokości 7 500 zł. (słownie: siedem 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.: *Świadczenie usług sprzątnania i utrzymania czystości wraz ze stałą dostawą materiałów eksploatacyjnych oraz inne usługi.*

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

1. Wadliwe określenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz nadużycie prawa i naruszenie swobody kontraktowania przez Zamawiającego przy formułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 Ustawy.

1.1. Zgodnie z § 15 ust. 8 lit e – 2e wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SWZ):

Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 8 umowy w zakresie:

f) waloryzacji o wartość wskaźnika zmiany cen materiałów i usług, publikowanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy — ceny jednostkowej netto materiału lub usługi — wejdzie w życie nie wcześniej niż począwszy od kolejnego miesiąca kalendarzowego, następującego po miesiącu, w którym opublikowano Komunikat Głównego Urzędu Statystycznego wskazujący zwiększenie wskaźnika cen towarów i usług, stanowiący podstawę do zastosowania niniejszej klauzuli waloryzacyjnej z zastrzeżeniem pkt e.1. W przypadku powyższych zmian Wykonawca może wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia, przedkładając odpowiednie dokumenty potwierdzające zasadność złożenia takiego wniosku. Podstawowym warunkiem zaakceptowania przez Zamawiającego zmiany wynagrodzenia będzie złożenie przez Wykonawcę szczegółowego wyjaśnienia konieczności ich wzrostu i uzasadnienia wysokości podwyżki.

e.1. Żadna ze stron nie będzie uprawniona do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy przed upływem 6 miesięcy od dnia rozpoczęcia wykonywania umowy oraz w przypadku w przypadku gdy wskaźnik wzrostu cen towarów i usług nie przekroczy 15%

e.2 Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do 5% wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 umowy

1.1. W zakresie określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów i nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego.

1.1.1. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodne 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.

Odwołujący wskazuje, że zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, jest ograniczone do zjawisk nadzwyczajnych a ustalony w umowie sposób waloryzacji *de facto* zwalnia Zamawiającego z obowiązku sprawiedliwej partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Na skutek powyższego przywołana klauzula nie będzie skutkowałą aktualizacją wynagrodzenia, ale spowoduje utratę ekwiwalentności świadczeń zamawiającego względem wykonawcy. Innymi słowy Zamawiający zapłaci na wykonanie umowy cenę niższą niż rzeczywista wartość świadczenia, pomimo zastosowania klauzuli mającej chronić świadczenia stron przed dewaluacją.

Zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, jest podwójnie ograniczone w sposób, który zwalnia Zamawiającego z obowiązku partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest

możliwa o ile łącznie:

- 1) po pierwsze w przypadku w przypadku gdy wskaźnik wzrostu cen towarów i usług nie przekroczy 15%
i
- 2) po drugie będzie podlegało waloryzacji maksymalnie do 5% wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 umowy.

w zakresie powyższego pkt 1):

Odwołujący podnosi, że tak wysoka zmiana cen materiałów lub kosztów ma charakter niezwykle rzadki, incydentalny i zwykle wywołana jest nadzwyczajnymi okolicznościami. Jak dotychczas tak wysoka zmiana wskaźnika inflacyjnego następowała wyłącznie w okresach wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności np. w 2022 r. po wybuchu wojny na Ukrainie. Warto jednak zauważyć, że tak wysoki wzrost nie występował jednak w czasie trwania innego zdarzenia nadzwyczajnego, którym była epidemia covid-19. Uwagi wymaga również, że prognoza wskaźnika inflacji na najbliższy rok (2024) to jest rok, w którym ma być realizowana umowa o przedmiotowe zamówienie publiczne wynosi: 12,6%. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że wskazanie tak wysokiego wskaźnika inflacji 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 zwraca również uwagę, że ww. wskaźnik został ustalony w umowie w sposób nieprecyzyjny. Z treści umowy nie wynika, że ww. wskaźnik dotyczy okresu rocznego, półrocznego, czy kwartalnego. Wobec powyższego istnieje ryzyko, że podczas realizacji umowy, nawet w przypadku, gdyby został osiągnięty 15% wskaźnik inflacji w ujęciu rocznym, Zamawiający odmówiłby waloryzacji argumentując, że ww. poziom wskaźnika nie został osiągnięty dla okresu rocznego lub półrocznego. Odwołujący na podstawie ww. postanowienia umownego, nie wie który konkretnie wskaźnik inflacyjny powinien brać pod uwagę przy ocenie ryzyka kontraktowych związanych z wahaniami cen.

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” i nieskie prawdopodobieństwo wystąpienia 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.

w zakresie powyższego punktu 2):

Odwołujący podnosi, że ustalona w umowie maksymalna graniczna wartość partycypacji Zamawiającego w pokryciu wzrostu ww. cen jest niewystarczająca, niedostosowana do rzeczywistych warunków realizacji kontraktu a jej celem jest zniesienie obowiązku Zamawiającego do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o art. 439 Ustawy.

- 1.1.2. Z uwagi na powyższe Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie odpowiada wymogom art. 439 pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu a nadto stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonym w tymże przepisie. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podnosi, że przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia nie można przypisać zachowaniu polegającemu na formułowaniu wskaźników z jednej strony stawiających bardzo wysokie wymagania (wzrost dowolnego co do okresu wskaźnika inflacji do poziomu co najmniej 15%) a z drugiej zobowiązujących do kosmetycznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy (5% wartości brutto umowy). Odwołujący podkreśla, że na skutek ww. klauzuli Zamawiający podwójnie zabezpieczył się przed rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu co jest całkowicie sprzeczne z celem przepisem art. 439 Ustawy. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu cen 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 k.c.. Odwołujący podnosi więc, że w postępowaniu na skutek ww. wady nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 1.1.3. Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.
- 1.1.4. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinność ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SWZ. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie

tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurencyjności w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

1.1.5. Odwołujący zaznacza także, że przerzucanie na wykonawcę całości ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zgodnie z art. 439 Ustawy nie może przerzucać całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a zachowania takie stawią naruszenie ww. przepisu Ustawy jak i zasad współzycia społecznego. W świetle art. 439 pzp niedopuszczalne jest, aby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia.

1.2. W zakresie wykazania wzrostu kosztów wykonania zamówienia.

1.2.1. Zamawiający stosuje w § 15 ust. 8 lit. e – e2 stosuje równoległe dwie metody postępowania przy procedowaniu waloryzacji. Zamawiający w postanowieniach § 15 ust. 8 lit. e) wzoru umowy, jednoznacznie wskazuje, że zwaloryzuje wynagrodzenie *o wartość zmiany cen materiałów i usług, publikowanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego*. Jednocześnie w tym samym § 15 ust. 8 lit. e) zdanie przedostatnie i ostatnie Zamawiający wymaga udowodnienia przez Wykonawcę wzrostu konkretnych kosztów i wykazania wpływu tychże zmian na koszty wykonania zamówienia – *w przypadku powyższych zmian wykonawca może wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia, przedkładając odpowiednie dokumenty potwierdzające zasadność złożenia takiego wniosku. Podstawowym warunkiem zaakceptowania przez Zamawiającego zmiany wynagrodzenia będzie złożenie przez Wykonawcę szczegółowego wyjaśnienia konieczności ich wzrostu i uzasadnienia wysokości podwyżki*.

1.2.2. Odwołujący wskazuje, że jednoczesne stosowanie obu ww. metod jest niezgodne z art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy, który dobitnie wskazuje, że do przeprowadzenia waloryzacji może być dokonane na dwa sposoby. Sposób pierwszy, polegający na odesłaniu do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów. Sposób drugi – przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzaju materiałów i kosztów w przypadku, których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

1.2.3. Wobec powyższego, skoro ustawodawca traktuje ww. sposoby jako dwie oddzielne i rozłączne metody przeprowadzenia waloryzacji, to w ocenie Odwołującego, niedopuszczalnym jest formułowanie postanowień umownych wymagających od wykonawcy równoległego spełnienia wymogów dla obu ww. sposobów. Formułowanie tego rodzaju wymogów jest nadmiernym obciążeniem wykonawcy, które nie znajduje usprawiedliwienia ani w Ustawie, ani w potrzebach Zamawiającego.

1.2.4. Odwołujący podnosi również, że stawianie wobec wykonawcy podwójnych wymogów co do spełniania warunków do udzielenia waloryzacji świadczy o nadużywaniu przez Zamawiającego dominującej pozycji w postępowaniu. Zachowanie Zamawiającego dowodzi, celem sformułowanych przez niego postanowień umownych jest utrudnienie wykonawcy uzyskania waloryzacji. Tego rodzaju zachowanie nosi znamiona czynności

mającej na celu obejście ustawy i jako takiej nieważne z mocy z prawa.

1.3. W zakresie braku obligatoryjnych postanowień w przedmiocie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy tj. postanowień o których mowa w art. 439 ust. 2 lit. a) lub b) i ust. 3 Ustawy.

1.3.1. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula w § 15 ust. 8 lit. e) zdanie przedostatnie i ostatnie nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 lit a) lub b) Ustawy. Klauzula w ww. części nie zawiera regulacji o sposobie ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym 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. Odwołujący z całości postanowienia § 15 ust. 8 lit. e) rozumie, że wola Zamawiającego nie jest waloryzowanie wynagrodzenia wykonawcy o wskaźnik inflacji publikowany przez Prezesa GUS.

1.3.2. Zgodnie z art. 439 ust. 2 2 lit. a) lub b) Ustawy:

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.

1.3.3. Klauzula waloryzacja dotycząca art. 439 Ustawy zwarta ze wzorze umowy nie zawiera ww. regulacji.

1.3.4. Odwołujący na podstawie ww. klauzuli waloryzacyjnej nie wie w jaki sposób i na jakich zasadach jego wynagrodzenie zostanie zindeksowane w przypadku, gdy osiągnięty zostanie poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do zmiany umowy.

1.3.5. 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. Uwagi wymaga również, że 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.

1.3.6. Odwołujący zwraca również uwagę, że zgodnie z Dyrektywą Klasykzną *Institucje 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.

- 1.3.7. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 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. Postanowienia aktualnych wzorców umownych dotyczących przedmiotowego postępowania nie zawierają ww. informacji. Tym samym klauzula sformułowana przez Zamawiającego jest wadliwa. Klauzula ta nie zawiera bowiem ściśle określonego, obiektywnego miernika, który będzie podstawą zmiany wynagrodzenia wykonawcy.
- 1.3.8. 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 wykonawcę albo 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.
- 1.3.9. 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.
- 1.3.10. 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 niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, *Waloryzacja umów*, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].

1.3.11. 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 niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.*

1.3.12. 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.” (*podkreślenie dokonane przez Odwołującego*)

2. Reasumując

2.1. Wprowadzenie przez Zamawiającego w § 15 ust. 8 lit. e – e2 umowy wzoru, zasady zmiany wynagrodzenia, zgodnie, z którymi:

- 1) wymaga się spełnienie warunku umożliwiającego jest niemożliwe (przekroczenie wskaźnika 15% inflacji);
- 2) nie dookreśla się wskaźnika inflacji, który na znaczenie dla ocenia spełniania warunku inflacyjnego, o którym mowa powyżej;

- 3) wprowadza się próg zaledwie 5% maksymalnej zmiany wynagrodzenia w wyniku waloryzacji;
- 4) wprowadza się nadmierne i nieuzasadnione wymogi co do sposobu ustalenia wzrostu kosztów, oraz nakłada na wykonawcę obowiązki co do wykazania wzrostu kosztów, mimo, że obowiązek ten nie wynika z Ustawy;
- 5) pomimo przepisu art. 439 ust. 2 lit a) i b) Ustawy w ogóle nie określa się sposobu zmiany wynagrodzenia wykonawcy

bezpornie narusza istotę przepisu art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych i *de facto* prowadzi do obejścia tego przepisu przez Zamawiającego.

Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają *ratio legis* wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 i 2 pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca lwią część ryzyka na wykonawców. Odwołujący podkreśla, że w przedmiotowym zamówieniu to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy, w tym ryzyka zmiany kosztów jej realizacji. Zamawiający nie ponosi natomiast żadnego ryzyka w ww. zakresie, gdyż zawierając umowę w 2023 roku, niejako gwarantuje sobie w kolejnych latach stawki świadczenia usług po cenach z roku 2023 bez uwzględnienia ryzyka zmian oraz inflacji, czy innych wahań na rynku, który jest bardzo podatny na wszelkie zmiany w światowej gospodarce. Odwołujący podkreśla, że ww. gwarancja ceny jest zabezpieczona umownie przez Zamawiającego, gdyż złożenia przez wykonawcę wniosku waloryzacyjnego na warunkach zaproponowanych we wzorze umowy, zawsze spowoduje obniżkę wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący, ale i każdy rozsądnie działający wykonawca, nie jest zainteresowany obniżką wynagrodzeni

Jak wskazano w Komentarzu do Pzp autorstwa pracowników Urzędu Zamówień Publicznych, w „art. 439 ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 6 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych, będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia”.

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.

Odwołujący zaznacza, że swoboda kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne ulega ograniczeniom wynikającym z Ustawy. Jednakże „*Ustawowe ograniczenie zasady swobody umów należy wiązać z przepisami ustawowymi o charakterze bezwzględnie obowiązującym (ius cogens)*”¹. 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 6 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.

Opisane powyżej działania Zamawiającego przeczą 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.

Jak wskazuje Z. Gordon „Dla określenia zakresu podmiotowego obowiązku współdziałania nie bez znaczenia jest też okoliczność, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter umowy wzajemnej. Wykonawca występuje zatem nie tylko w roli dłużnika, ale także - przynajmniej w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia - w roli wierzyciela. W konsekwencji ma on również obowiązek współdziałania z zamawiającym, i to nie tylko jako dłużnik, ale też jako wierzyciel”². Ponadto za poglądem wyrażonym w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych wskazać należy, że „W doktrynie prawa cywilnego wypracowanej na gruncie art. 354 § 2 Kc podkreśla się, że obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie”. Minimum tej lojalności to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków. Zasada lojalności dotyczy powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach

¹ Kodeks cywilny, Tom I. Komentarz art. 1-449¹⁰, pod. red K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2015;

² Z. Gordon „Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych” [w]: „kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych nr 2/2020;

ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym.” A co za tym idzie, 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.

Uwagi wymagają także poglądy doktryny, zgodnie z którymi *„jednym z celów nowej ustawy było wprowadzenie uregulowań prowadzących do zrównoważenia praw i obowiązków stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego. Cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych. W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego - w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych. „Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”³ oraz że „przepis art. 431 PZP zawiera zasadę współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego przy jej wykonaniu w celu należytej realizacji zamówienia. Jak wynika z uzasadnienia do PZP, ustawodawca dostrzegł potrzebę wzmocnienia regulacji dotyczących wykonywania umowy, uznając, że należyte wykonanie zamówienia publicznego zależy od współdziałania obu stron umowy z poszanowaniem wzajemnych interesów (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 83). Nakaz współdziałania stron przy wykonywaniu umowy realizuje tym samym generalną zasadę równoważenia pozycji wykonawcy i zamawiającego, wpisaną w szereg przepisów działu VII PZP”⁴.*

Konkludując, Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący

³ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431;

⁴ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021

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 wnosi zatem jak w petitum o zmianę postanowień umowy, w tym w szczególności o zmianę 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 oraz, aby w wyniku złożonego wniosku wykonawcy przysługiwał wzrost wynagrodzenia.

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;