

Wrocław, dnia 08 stycznia 2024 r.

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

Odwołujący:

Hospital Service Sp. z o. o.

ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000886446; NIP: 8942908910

numer telefonu:

510 011 618

adres poczty elektronicznej:

a.sliwinska@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Anna Śliwińska

Zamawiający:

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital

im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi

ul. Kniaziewiczza 1 / 5; 91 – 347 Łódź

NIP: 726-22-34-808 , REGON: 471219736

tel. 42 251 61 66

e-mail: zampubliczne@bieganski.com.pl

adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

https://platformazakupowa.pl/szpital_bieganski

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 poz. 1605 t. j. z dnia 2023.08.14) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec t niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Usługa kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami wykonywanymi przez sanitariuszy oraz transportem wewnętrznym.* (znak postępowania: ZP 45/23).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 250/2023 pod numerem 00792988-2023 z dnia 28.12.2023 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Usługa kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami wykonywanymi przez sanitariuszy oraz transportem wewnętrznym.* Numer referencyjny: : ZP 45/23.

- 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. 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 wzoru umowy postanowień kontraktowych umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 2) art. 436 pkt 4 ppkt b i art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy oraz w zw. z art. art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez:
 - a) ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez ustalenie we wzorze umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu *wypowiedzenie umowy z zachowaniem 3 – miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku braku możliwości finansowania wynagrodzenia Wykonawcy zwiększonego wskutek zastosowania zmian, o których mowa w § 10 ust. 2 lub 7 umowy* tj. zmian umowy na podst. art. 436 pkt 4 ppkt b lub 439 Ustawy ;
 - b) wprowadzenie do wzoru umowy postanowień umożliwiających warunkowe zastosowanie art. 436 pkt 4 ppkt b) Ustawy;
 - c) wprowadzenie do wzoru umowy postanowień umożliwiających warunkowe zastosowanie art. 439 Ustawy
- 3) 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 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 i wprowadzeniu do wzoru umowy pozornych zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy, które:
 - a) zobowiązują Zamawiającego do podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy o 4 do 8% udowodnionych przez wykonawcę podwyższonych kosztów wykonania zamówienia nieobejmujących płac pracowników zatrudnionych na stawki minimalne;
 - b) zmiany wskaźnika inflacji na poziomie, który - jak wynika z danych historycznych i prognozowanych - uprawdopodobnia obniżkę wynagrodzenia wykonawcy przy jednoczesnym zatamowaniu możliwości podwyżki wynagrodzeniapodczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać.

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

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

- 1) wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia, że:

Minimalna gwarantowana wartość zamówienia wynosi 90% ustalonego na dzień zawarcia umowy wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 4 ust. 1 umowy.

- 2) usunięcia z dokumentów zamówienia - w tym w szczególności ze wzoru umowy (§ 5 ust. 5) - zastrzeżenia, że:

Zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3 – miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku braku możliwości finansowania wynagrodzenia Wykonawcy zwiększonego wskutek zastosowania zmian, o których mowa w § 10 ust. 2 lub 7.

- 3) zmianę § 10 ust. 7 wzoru umowy polegającą na modyfikacji ww. postanowienia w sposób, który spowoduje jego zgodnością Ustawą.

Nadanie § 10 ust. 7 wzoru umowy na przykład następującej treści:

Strony mogą dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowany w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wyniesie powyżej 100.

Zmiana wynagrodzenia może nastąpić tylko raz na 12 miesięcy, w formie aneksu do umowy, z zastrzeżeniem, iż pierwsza zmiana wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu nie może nastąpić wcześniej niż po upływie 6 m-cy licząc od dnia zawarcia umowy.

Wartość wskaźnika zmiany cen nie sumuje się w kolejnych latach trwania umowy.

Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić wyłącznie w zakresie kwoty płatności wynagrodzenia Wykonawcy jeszcze niewymagalnego.

Maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia w trakcie trwania umowy nie może przekroczyć 15 % wartości netto umowy, o której mowa w § 4 ust. 1 umowy.

Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi o roczny wskaźnik ogłaszany przez Główny Urząd Statystyczny od wartości umowy pomniejszonej o koszty osobowe.

Jeżeli wskaźnik będzie wynosił poniżej 100 oraz zmniejszenie kosztów zostanie udokumentowane, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie obniżone o roczny wskaźnik ogłaszany przez Główny Urząd Statystyczny od wartości umowy pomniejszonej o koszty osobowe.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że jest aktualnym wykonawcą usługi odpowiadającej przedmiotem zamówienia niniejszemu zamówieniu. Aktualne postanowienia SWZ uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty mimo, że posiada wiedzę i doświadczenie w bliźniaczym zamówieniu realizowanym na rzecz Zamawiającego. Z uwagi na treść SWZ nie może złożyć oferty. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyższych wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości ponownego pozyskania przedmiotowego zamówienia a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

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

Zamawiający w dniu 28.12.2023 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy 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.: *Usługa kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami wykonywanymi przez sanitariuszy oraz transportem wewnętrznym.*

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, gdyż:

1. BRAK WSKAZANEJ MINIMALNEJ WIELKOŚCI ZAMÓWIENIA

1.1. Zgodnie z postanowieniami wzoru umownymi, Zamawiający nie określił minimalnej wielkości lub wartości swojego świadczenia. Jednocześnie zgodnie § 4 ust. 5 i § 10 ust. 9 wzoru umowy Zamawiający jest uprawniony do ograniczenia wielkości zamówienia z jednoczesnym proporcjonalnym obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Postanowienie § 4 ust. 5 wzoru umowy brzmi:

5. *Wyłączenie z funkcjonowania danej komórki organizacyjnej na okres 7 i więcej dni spowoduje, że wysokość wynagrodzenia ustalona zostanie jako iloczyn ilości metrów z danej strefy sprzątkania wg zał. nr 1 do umowy (zgodnie z kalkulacją - zał. nr 2 do SWZ), stawki za sprzątkanie tej powierzchni oraz liczby dni faktycznego świadczenia usługi.*

Postanowienie § 10 ust. 9 wzoru umowy brzmi:

9. *Strony dopuszczają również zmiany umowy wynikającą z konieczności dostosowania sposobu wykonywania usługi do okoliczności wynikających ze zmian organizacyjnych po stronie Zamawiającego. W szczególności, dopuszczalne są zmiany polegające na*
- 1) *czasowym lub trwałym ograniczeniu zakresu świadczonej usługi, z jednoczesnym zmniejszeniem wynagrodzenia w sposób proporcjonalny do tego ograniczenia, w szczególności w przypadku wprowadzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych / technologicznych, skutkujących brakiem zapotrzebowania na pewne zadania,*
 - 2) *czasowej lub trwałej zamianie stanowisk pracy pomiędzy poszczególnymi miejscami wykonywania usługi, bez podwyższania wynagrodzenia,*
 - 3) *Strony przewidują możliwość zmian wynagrodzenia, o których mowa w § 4 ust. 5 umowy.*

1.2. Wobec powyższego, wykonawca na podstawie SWZ nie uzyskał informacji o minimalnej wartości lub wielkości zobowiązania Zamawiającego. Wartości i wielkości podane w SWZ są wielkościami szacunkowymi, są nieokreślone, pozwalają na dowolne ograniczenie wielkości zamówienia, a w konsekwencji obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem każdego rodzaju włączeń lub ograniczeń, w tym również wyłączeń nadzwyczajnie wysokich lub długich. 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 dla siebie możliwość ograniczenia zamówienia.

Odwołujący zwraca uwagę na wyrok KIO z dnia 26 listopada 2023 r., sygn. akt. KIO 3233/21 zgodnie w myśl którego *zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.*

1.3. Odwołujący podnosi ponadto, że 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 dwojaki. 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 szacunkowego lub maksymalnego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw lub usług (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. z 2.1.2017 r. sygn. akt. KIO 2346/16 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, iż takie 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. Ponadto 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”.

- 1.8. 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)
- 1.9. 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 faktycznej, a nieszacowanej ilości usług, które zakupi 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 SWZ powoduje to, że tylko Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.
- 1.10. Odwołujący podnosi, 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).
- 1.11. 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 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 strony postępowania - Zamawiającego i stanowi nadużycie prawa. W przedmiotowej kwestii KIO podobnie wypowiedziało się w wyrokach:

1) 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.

2) 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.

2. WYPOWIEDZENIE UMOWY, UWOLNIENIE SIĘ ZAMAWIAJĄCEGO OD ZMIANY UMOWY POMIMO WYSTĄPIENIA OKOLICZNOŚCI OKRESLONYCH W ART. 436 PKT 4 LIT B) I ART. 439 USTAWY.

2.1. Zgodnie z postanowieniami § 5 ust. 5 wzoru umowy:

5. *Zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3 – miesięcznego okresu wypowiedzenia w przypadku braku możliwości finansowania wynagrodzenia Wykonawcy zwiększonego wskutek zastosowania zmian, o których mowa w § 10 ust. 2 lub 7.*

Zmiana umowy w myśl § 10 ust. 2 lub 7 tejże umowy dotyczy:

2. *Strony przewidują możliwość odpowiedniej zmiany wysokości cen określonych w umowie, w przypadku zmiany*
 - 1) *wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*
 - 2) *zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz*
 - 3) *zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, utworzonych u Wykonawcy stosownie do obowiązujących przepisów prawa.*
7. *Strony mogą dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, o wartość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, pod warunkiem, że wskaźnik ten zwiększył się lub zmniejszył o co*

najmniej 6 % za okres ostatnich 12 miesięcy (metodą miesiąc do miesiąca). Zmiana wynagrodzenia może nastąpić tylko raz na 12 miesięcy, w formie aneksu do umowy, z zastrzeżeniem, iż pierwsza zmiana wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu nie może nastąpić wcześniej niż po upływie 6 m-cy licząc od dnia zawarcia umowy. Wartość wskaźnika zmiany cen nie sumuje się w kolejnych latach trwania umowy. Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić wyłącznie w zakresie kwoty płatności wynagrodzenia Wykonawcy jeszcze niewymagalnego. Maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia w trakcie trwania umowy nie może przekroczyć 15 % wartości netto umowy, o której mowa w § 4 ust. 1 umowy. Uwzględniane będą wyłącznie zmiany cen materiałów lub kosztów, które nie wynikają z tytułów mogących uzasadniać wystąpienie o zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie innych postanowień umowy. Wykonawca zobowiązany jest do wykazania w formie pisemnej, z dokumentami źródłowymi (faktury, umowy, etc.), w jakim zakresie zmiana cen materiałów lub kosztów będzie miała wpływ na koszty wykonania usługi przez Wykonawcę.

2.2. Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie jest niezgodne z Ustawą, gdyż skutkuje uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy w okolicznościach wymienionych w art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy oraz w art. 439 Ustawy. Zamawiający na mocy ww. postanowienia jest uprawniony do rozwiązania umowy o ile uzna, że wzrost wynagrodzenia z powodu ww. okoliczności byłby zbyt wysoki i występuje przypadek braku możliwości finansowania zwiększonego wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający samodzielnie i na podstawie znanych tylko sobie okoliczności ocenia, że nie posiada możliwości zwiększonego finansowania oraz decyduje o kontynuacji lub nie zamówienia. Na mocy ww. postanowienia umownego Zamawiający władczo rozstrzyga, czy w postępowaniu zastosuje art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy oraz art. 439 Ustawy a ponadto decyduje o istnieniu lub nie całego zobowiązania (zakończeniu lub nie trwania umowy). Zważywszy na fakt, że przepis art. 436 ust. 4 lit. b) i art. 439 Ustawy mają charakter bezwzględnie obowiązujących to działania mające na celu uchylenie jego stosowania lub znoszące jego działanie są niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego.

2.3. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej niedozwolone jest formułowanie postanowień umownych uprawniających Zamawiających do wypowiedzenia umowy w dowolnym momencie jej trwania. W ocenie KIO zastrzeżenie możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego danego rodzaju umowy z błahego powodu, incydentalnego niewykonania pojedynczego postanowienia umownego, niewykonania świadczenia ubocznego - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę.

Przywołane powyżej postanowienie umowne pozwala Zamawiającemu na wypowiedzenie umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę tj. np. w sytuacji, gdy na skutek zmian prawa Zamawiający władczo oceni, że wynagrodzenie wykonawcy jest zbyt wysokie, aby mógł je finansować. Tak więc umowa może zostać zakończona przez Zamawiającego po pierwsze na skutek okoliczności niezawinionych przez wykonawcę a po drugie na skutek samodzielnej i dowolnej oceny Zamawiającego. Zamawiający dopiero w toku realizacji umowy, arbitralnie

zdecyduje czy uzna, czy jest zainteresowany kontynuowaniem umowy oraz, czy podwyżka wynagrodzenia wykonawcy będzie skutkować wypowiedzeniem umowy, czy też nie. Wykonawca pozostaje więc w niepewności co do terminu realizacji kontraktu. Dodatkowo całość konsekwencji z tytułu przedwczesnego zakończenia umowy obciąża wyłącznie wykonawcę.

Odwołujący podkreśla ponadto, że prawo do wypowiedzenia umowy stanowi wyjątek od zasady trwałości stosunku prawnego, stąd jego zastosowanie nie powinno być uzależnione od okoliczności całkowicie zależnych od oceny Zamawiającego oraz niezawinionych przez wykonawcę. Okolicznością uzasadniającą wypowiedzenie umowy nie może być także uwolnienie się Zamawiającego od obowiązku zastosowania art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy lub 439 Ustawy.

Odwołujący zaznacza także, że w doktrynie podnosi się, iż ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Z uwagi na powyższe, wskazane postanowieni jako faworyzujące autora umowy, który czyni ze swego prawa użytek sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, naruszają art. 353¹ k.c. w zw. z art. 431 i nast. Pzp.

- 2.4. Ponadto, z daleko idącej ostrożności, Odwołujący zwraca również uwagę, że formułowanie postanowień umownych uwalniających Zamawiającego od obowiązku zastosowania art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy jest niezgodne również celem tegoż przepisu. Odwołujący wskazuje, że powodem nowelizacji przepisu art. 142 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych – aktualnie art. 436 pkt 4 lit. b) - było m.in., że: *„w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”*.

Odwołujący pozwala sobie także zaznaczyć, na temat ww. przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyrok z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem, który zachował aktualność w obowiązującym stanie prawnym: *„(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w*

ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. Klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenie wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)”.

2.5. Odwołujący zwraca również uwagę, że Odwołujący zaznacza równocześnie, że zarówno art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy jak i art. 439 Ustawy mają charakter *ius cogens*. Wobec powyższego Zamawiający nie jest uprawniony w drodze jednostronnego oświadczenia lub decyzji zwolnić się

z obowiązków ich zastosowania podczas trwania umowy.

- 2.6. Uwagi wymaga także, że umowa nie zawiera postanowienia określającego minimalną wielkość lub wartość zobowiązania Zamawiającego. Wykonawca jest więc pozbawiony jakiegokolwiek pewności co do trwałości umowy i jej zakresu a Zamawiający działając na podstawie § 5 ust. 5 wzoru umowy jest uprawniony do zakończenia umowy w dowolnym jej momencie o ile uzna, że nie posiada środków na sfinansowanie zwiększonych kosztów jej realizacji wywołanych okolicznościami określonymi w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy jak i art. 439 Ustawy. Tego rodzaju ukształtowanie postanowień umownych, jest w ocenie Odwołującego sprzeczne z art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zwraca uwagę, na wyrok KIO z dn. 26 stycznia 2023 r. sygn. akt. 104/23, zgodnie, z którym: *cechą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umów zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron.*

Ustawodawca dał wyraz zasadzie trwałości i ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o udzielenie zamówienia publicznego poprzez określenie w Rozdziale 4 ustawy sytuacji uzasadniających odstąpienie do realizacji umowy oraz jej unieważnienie. Przyznanie podmiotom publicznym możliwość dowolnego rozwiązywania umów, w oparciu o nieweryfikowalnie obiektywne i dowolne przesłanki stoi w sprzeczności z interesem publicznym oraz zasadą racjonalnego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Celem bowiem postępowania o zamówienie publiczne jest wybór oferty najkorzystniejszej w perspektywie całego okresu jej obowiązywania i realizacja na podstawie takiej umowy określonych potrzeb publicznych. Zamawiający nie może wprowadzać do wzoru umowy postanowień, które de facto powodują, że wybór oferty i zawarcie umowy ma charakter "tymczasowy", lub "warunkowy", z uwagi na to, że podmiot publiczny zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy na podstawie dowolnej, niedającej się jednoznacznie i obiektywnie zweryfikować przesłanki, zastosowanie której jest wyłącznie zależne woli zamawiającego co do kontynuacji finansowania zamówienia. Izba podkreśla, że zasada ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikająca z umów o udzielenie zamówienia publicznego leży u podstaw kalkulacji kosztów realizacji zamówienia przez wykonawców, jak również stanowi istotny element strategii rozwoju działalności gospodarczej wykonawców. Rozwój zaś gospodarczy podmiotów prywatnych poprzez udział w rynku zamówień publicznych, pewność relacji handlowych z partnerami publicznymi stanowi istotny i niezwykle ważny czynnik w rozwoju gospodarczego kraju. Gdyby zatem dopuścić możliwość rozwiązywania umów przez podmioty publiczne w oparciu o nieskonkretyzowane przesłanki, niemające oparcia w przepisach ustawy Pzp, niewątpliwie takie działania stanowiłyby istotne zagrożenia dla stabilności relacji gospodarczych z podmiotami publicznymi, a tym samym stałyby w sprzeczności z dążeniem do budowania silnego, przewidywalnego i konkurencyjnego rynku zamówień publicznych.

Zdaniem Izby obowiązkiem Zamawiającego jest określenie czasu trwania umowy, czasu adekwatnego do przyjętych przez siebie w planach finansowych możliwości ekonomicznych i środków finansowych, które przeznaczy na realizację zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający zdecydował, że przedmiotowe zamówienia ma być realizowane przez okres 36 miesięcy. Skoro tak, to odpowiednio do tego okresu powinien być zabezpieczyć środki

finansowe, z uwzględnieniem zmian wysokości wynagrodzenia wynikających ze wzoru umowy. Należy zauważyć, że Zamawiający z jednej strony wymaga od wykonawców oszacowania w kosztach realizacji zamówienia ryzyk związanych ze zmianą sytuacji gospodarczej, inflacją, kosztami zatrudnienia, wymaga najwyższego stopnia profesjonalizmu, przy jednoczesnym ukształtowaniu postanowień umownych w taki sposób, że ryzyko ewentualnych zmian wysokości wynagrodzenia wynikających z waloryzacji określonej w art. 436 pkt 4 ppkt b) ustawy Pzp przerzuca na wykonawcę poprzez zagwarantowanie sobie prawa do zakończenia relacji umownych w przypadku subiektywnego uznania, że wzrost jest zbyt wysoki. Takie działanie stanowi naruszenie art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zdaniem Izby zaproponowany przez Zamawiającego sposób ukształtowania stosunku prawnego pomiędzy stronami umowy o udzielenie zamówienia publicznego sprzeciwia się właściwości i naturze stosunku zobowiązaniowego, jaki wynika z przepisów ustawy Pzp. Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałości zobowiązania i jego wykonanie w okresie obowiązywania umowy. Zakończenia takiej relacji zobowiązaniowej ustawodawca ogranicza do sytuacji określonych przepisami ustawy. Nie ma w tym zakresie dowolności Zamawiającego. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 456 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu. Ustawodawca przewidział więc możliwość zakończenia relacji kontraktowych z wykonawcą, z czego Zamawiający będzie mógł skorzystać, jeśli rzeczywiście zajdą okoliczności uzasadniające zastosowanie ww. przepisu. Przyznanie zaś sobie prawa do swobodnej oceny czy dany wzrost kosztów jest zbyt wysoki czy nie skutkuje tym, że Zamawiający może dowolnie kształtować relację z wykonawcą, rozwiązać ją nawet w oparciu o minimalny wzrost kosztów. Zdaniem Izby takie działanie Zamawiającego nie może być dopuszczalne w świetle zasady trwałości umów o udzielenie zamówienia publicznego i przepisów ustawy Pzp limitujących okoliczności uzasadniające odstąpienie od umowy, zmianę umowę czy jej unieważnienie.

3. POZORNA KLAUZULA WALORYZACYJNA – ART. 439 USTAWY

3.1. Zgodnie z postanowieniami § 10 ust. 7 wzoru umowy:

7. Strony mogą dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, o wartość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, pod warunkiem, że wskaźnik ten zwiększył się lub zmniejszył o co najmniej 6 % za okres ostatnich 12 miesięcy (metodą miesiąc do miesiąca). Zmiana wynagrodzenia może nastąpić tylko raz na 12 miesięcy, w formie aneksu do umowy, z zastrzeżeniem, iż pierwsza zmiana wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu nie może nastąpić wcześniej niż po upływie 6 m-cy licząc od dnia zawarcia umowy. Wartość wskaźnika zmiany cen nie sumuje się w kolejnych latach trwania umowy. Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić wyłącznie w zakresie kwoty płatności wynagrodzenia Wykonawcy jeszcze niewymagalnego. Maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia w trakcie trwania

umowy nie może przekroczyć 15 % wartości netto umowy, o której mowa w § 4 ust. 1 umowy. Uwzględniane będą wyłącznie zmiany cen materiałów lub kosztów, które nie wynikają z tytułów mogących uzasadniać wystąpienie o zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie innych postanowień umowy. Wykonawca zobowiązany jest do wykazania w formie pisemnej, z dokumentami źródłowymi (faktury, umowy, etc.), w jakim zakresie zmiana cen materiałów lub kosztów będzie miała wpływ na koszty wykonania usługi przez Wykonawcę.

3.2. Odwołujący podnosi, że w myśl ww. klauzuli:

- 1) wynagrodzenie wykonawcy może zmienić się o wartość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego(...) – wskaźnik obliczany metodą miesiąc do miesiąca;
- 2) zmianie nie podlega wynagrodzenia w zakresie dotyczącym:
 - a) wynagrodzenie Wykonawcy jeszcze niewymagalnego;
 - b) cen materiałów lub kosztów, które nie podlegają zmianie na podstawie innych postanowień umowy
- 3) zmianie będzie podlegać część wynagrodzenia, w jakiej wykonawca wykaże w formie pisemnej, z dokumentami źródłowymi (faktury, umowy, etc.), w jakim zakresie zmiana cen materiałów lub kosztów będzie miała wpływ na koszty wykonania usługi przez Wykonawcę

Powyższe zastrzeżenia oznaczają, że w przypadku, gdy ww. wskaźnik GUS wyniesie np. 6,5% a wynagrodzenie pomniejszone o świadczenia wymagalne oraz koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienie wyniesie np. 100 000 zł. i dla tej kwoty wykonawca udowodni wzrost kosztów w wysokości 20 000 zł. to otrzyma podwyżkę:

w wysokości 1 300 zł. ($20\,000 \times 6,5\% = 1300$ zł)

Odwołujący zwraca uwagę, że w poprzednich latach realizacji usługi, wystąpiła sytuacja, gdy ceny materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania usługi uległy wielokrotnemu podwyższeniu przy niskiej stopie inflacji. Sytuacja taka miała miejsce podczas epidemii covid 19 i była spowodowana nadzwyczajnym, powszechnym i nagłym wzrostem wydatków na środki higieniczne, dezynfekcyjne i odzież ochronną. Koszty te stanowią część zwykłych kosztów wykonania zamówienia, które wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w swojej cenie ofertowej (§ 2 ust. 4 wzory umowy). Zamawiający zgodnie z ww. postanowieniem § 10 ust. 7 wzory umowy sfinansowałby podwyżkę wskazanych kosztów, w kwocie wyliczonej ze wskaźnika inflacji, który w grudniu 2023 r. wyniósł 6,1%.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że indeksacja dokonana zgodnie z ww. klauzulą prowadzić będzie do znikomej i niepoporcjonowanej podwyżki wynagrodzenia wykonawcy względem wzrostu kosztów wykonania zamówienia.

Jak pokazuje powyższy przykład, sposób obliczenia waloryzacji wynikający z umowy powoduje, że przy nadzwyczajnym wzroście kosztów materiałowych wykonawca samodzielnie finansuje ponad 90% wzrostu kosztów. W przypadku, gdyby ww. wskaźnik osiągnął nadzwyczajnie wysoki poziom 19%, który był odnotowywany w 2023 r. to i tak wykonawca byłby zmuszony samodzielnie sfinansować ponad 80% wartości zmienionych kosztów wykonania zamówienia. Taki podział

ryzyka, w ocenie Odwołującego nie jest racjonalny i usprawiedliwiony. Odwołujący podnosi, że podział nadzwyczajnych kosztów wykonania zamówienia nie jest sprawiedliwy i niewspółmiernie obciąża wykonawcę ryzykiem samodzielnego ponoszenia wydatków spowodowanych zjawiskami nadzwyczajnymi i nieprzewidywalnymi.

- 3.3. Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, że zmiana wskaźnika inflacji w ujęciu miesiąc do poprzedniego miesiąca poziomie 6% jak dotychczas nie występowała. Tak wysoka zmiana ww. wskaźnika nie występowała nawet w okresie nadzwyczajnie wysokiego wzrostu ww. wskaźnika tj. w 2022 r. i 2023 r., czy chociażby w okresie pandemii covid-19. Ponadto tego rodzaju wzrosty nie występowały nigdy w czasie zwykłego (pozbawionego zdarzeń nadzwyczajnych) funkcjonowania gospodarki.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza również zmiana wskaźnika inflacji w ujęciu miesiąc do miesiąca roku poprzedniego na poziomie 6% występowała niezwykle rzadko i wyłącznie w okresach nadzwyczajnych zjawisk gospodarczych. Tak sam jak w przypadku inflacji badanej w ujęciu miesiąc do miesiąca poprzedniego nie występowała nigdy w okresach stabilności gospodarczej.

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.

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.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący poniżej przedstawia dane historyczne oraz prognozę inflacji określoną przez NBP dotyczące wskaźnika wybranego przez Zamawiającego - Odwołujący przedstawia miesięczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1982 r. (<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja-/miesieczne-wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-od-1982-roku/>).

Odwołujący zwraca również uwagę na opublikowaną przez Narodowy Bank Polski listopadową projekcję inflacyjną, obejmującą okres od IV kw. 2023 r. do IV kw. 2025 r. - punktem startowym projekcji jest III kw. br. Została ona przygotowana przy założeniu niezmienionych stóp procentowych NBP, w tym stopie referencyjnej równej 5,75 proc., z uwzględnieniem danych dostępnych do 23 października 2023 r.

Inflacja konsumencka wyniesie - według centralnej ścieżki projekcji - 11,4 proc. w 2023 r., 4,6 proc. w 2024 r. i 3,7 proc. w 2025 r. (wobec odpowiednio: 11,9 proc., 5,2 proc. i 3,6 proc. dla tych lat w projekcji lipcowej).

Powyższa prognoza dowodzi, że na podstawie ww. postanowienia umownego możliwe jest wyłącznie obniżenie a nie podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy.

3.4. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że celem ww. klauzuli jest wyłączenie obowiązku partycypacji Zamawiającego w zwiększonych kosztach wykonania zamówienia, przy jednoczesnym umożliwieniu Zamawiającemu wystąpienia z roszczeniem o obniżeniu wynagrodzenia przez wykonawcę. W ocenie Zamawiającego tego rodzaju konstrukcja klauzuli waloryzacyjnej z art. 439 Ustawy jest niezgodna z art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający tak sformułował warunki waloryzacyjne, aby uniemożliwić lub co najmniej ograniczyć podwyżkę wynagrodzenia wykonawcy przy jednoczesnym zachowaniu swojego prawa do żądania obniżki wynagrodzenia.

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.