

Wrocław, dnia 12 grudnia 2022 r.

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

Odwołujący:

Impel S.A.
ul. A. Słonimskiego 1
50-304 Wrocław
KRS: 0000004185
NIP: 8990106769

reprezentowany przez:

Beata Marchewka
tel.: 510 011 084
e-mail: b.marchewka@impel.pl

Zamawiający:

Szpital św. Anny w Miechowie
ul. Szpitalna 3; 32-200 Miechów
KRS: 0000078297NIP: 6591328869; REGON: 000304384
numer telefonu: +48 41 38 20 333
adres poczty elektronicznej:
sekretariat@szpital.miechow.pl

adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:
https://platformazakupowa.pl/szpital_miechow

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 treści dokumentów zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie usługi w zakresie ochrony obiektów Szpitala św. Anny w Miechowie i obsługa telewizji przemysłowej składającej się z kamer i innych urządzeń niezbędnych do ich prawidłowego funkcjonowania.* (znak sprawy: 34/TP/2022).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00476498/01 w dniu 10.12 2022 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych: *Świadczenie usługi w zakresie ochrony obiektów Szpitala św. Anny w Miechowie*

i obsługa telewizji przemysłowej składającej się z kamer i innych urządzeń niezbędnych do ich prawidłowego funkcjonowania. Numer referencyjny: 34/TP/2022).

- 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. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy poprzez zaniechanie wprowadzenia do umowy zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:
 - stawki podatku akcyzowego;
 - wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
 - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub ubezpieczenia zdrowotne;
 - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079)
- 2) art. 436 pkt. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wprowadzenia do umowy postanowienia w przedmiocie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych
- 3) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez wadliwe ustalenie w treści SWZ postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia podczas, gdy przepis art. 439 Ustawy wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 12 miesięcy.

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

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

- 1) wprowadzenia do projektu umowy postanowienia wymaganego 436 pkt 4 lit. b) Ustawy tj. postanowienia o przykładowej treści:
 - b) Wynagrodzenie wykonawcy zostanie zmienione z zastrzeżeniem poniższych postanowień, w przypadku zmiany:
 - i. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;*
 - ii. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub*

wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne;

- iii. *zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;*

Jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. W takiej sytuacji każda ze Stron umowy, może zwrócić się do drugiej Strony o dokonanie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. Zmiana wynagrodzenia wykonawcy będzie obowiązywać od dnia wejścia w życie ww. przepisów zmieniających. ;

- iv. *stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego ceny brutto określone w umowie ulegną odpowiedniej zmianie, ze skutkiem od dnia obowiązywania nowych stawek, w taki sposób, aby wynikające z umowy ceny netto pozostały niezmienione.*

- 2) wprowadzenie do projektu umowy postanowienia wymaganego 436 pkt. 3 Ustawy tj. postanowienia o przykładowej treści:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony nie może przekroczyć 10 % wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 11 ust. 1 w dniu podpisania umowy.

- 3) zastąpienie dotychczasowej klauzuli z art. 439 Ustawy, klauzulą o przykładowej treści:

Propozycja klauzuli:

§11 ust. 4:

1. Strony postanawiają, że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy, maksymalne wynagrodzenie netto i brutto Wykonawcy oraz ceny jednostkowe netto i brutto, ustalone w umowie (*dalej wynagrodzenie*), waloryzuje się na zasadach, o których mowa w ust. 2 – 6 poniżej.
2. Zmiana ceny materiałów lub kosztów będzie ustalana kwartalnie na podstawie Wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (kwartał do poprzedniego kwartału), ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (*dalej: GUS*) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” za każdy kwartał roku kalendarzowego, w którym realizowana jest umowa.
3. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następować jeden (1) raz na kwartał kalendarzowy, z zastrzeżeniem, że pierwsza zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej, niż po upływie kwartału kalendarzowego realizacji umowy oraz gdy Wskaźnik, o którym mowa w ust. 2, przekroczy 0,2% w stosunku do Wskaźnika z kwartału kalendarzowego, w którym przypadał termin składania ofert. Każda kolejna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi w przypadku, gdy Wskaźnik, o których mowa w ust. 2, przekroczy 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia zmiana wynagrodzenia wykonawcy.
4. Wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa wzrostowi Wskaźnika wskazanego w ust. 3.
5. Wynagrodzenie Wykonawcy ulega waloryzacji od pierwszego dnia miesiąca następującego po dniu publikacji komunikatu Prezesa GUS – z uwzględnieniem postanowień ust. 3.

6. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi łącznie 15% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego w dniu zawarcia Umowy.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy Ustawy, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. 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 zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 2 Ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub treści dokumentów zamówienia 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 wszczynające postępowanie zostało opublikowane w dniu 10.12.2022 r. co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie usługi w zakresie ochrony obiektów Szpitala św. Anny w Miechowie i obsługa telewizji przemysłowej składającej się z kamer i innych urządzeń niezbędnych do ich prawidłowego funkcjonowania* (znak sprawy: 34/TP/2022).

Odwołujący podnosi, że dokumentacja postępowania – w tym w szczególności wzór umowy – została sporządzona niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje, że:

1. Brak klauzuli, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy.

1.1. Zamawiający w § 11 ust. 4 projektu umowy przewidział, że:

Zmiana wynagrodzenia może nastąpić w przypadku zmiany:

a) zmiany stawki podatku VAT, przy czym zmianie ulega cena brutto, natomiast cena netto pozostaje bez zmian,

1.2. Dokumenty zamówienia w tym w szczególności projekt umowy nie zawierają żadnych innych postanowień, które spełniają wymogi art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy.

1.3. Okres realizacji umowy określony w dokumentacji postępowania jest dłuższy niż 12 miesięcy.

1.4. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że dokumentacja postępowania została sformułowana sprzecznie z Ustawą. Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b) *Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:*

b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie [ustawy](#) z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w [ustawie](#) z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079)

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

1.5. Przepis art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy ma charakter *ius cogens*. Wobec powyższego Zamawiający nie jest uprawniony w drodze jednostronnego oświadczenia, lub innej decyzji zwolnić się z obowiązku sformułowania w treści dokumentacji postępowania (wzoru umowy) postanowień wymaganych dyspozycją przywołanego przepisu. Ze względu na powyższe niedozwolonym jest formułowanie wzorów umów o zamówienie publiczne pozbawionych klauzuli, o której mowa w art. 4436 pkt 4 lit. b) Ustawy, dla zamówień, których termin realizacji – jak w niniejszym postępowaniu - został określony w SWZ na okres przekraczający 12 miesięcy.

2. Brak klauzuli, o której mowa w art. 436 pkt. 3 Ustawy.

2.1. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 436 pkt 3 Ustawy, projektowane postanowienia umowne określają łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Projekt umowy dotyczący zamówienia nie zawiera postanowienia, o którym mowa w art. 436 pkt 3 Ustawy. Ponadto również inne postanowienia SWZ nie zawierają ww. wymaganej prawem regulacji.

2.2. Wobec powyższego Odwołujący stwierdza, że SWZ jest niezgodna z Ustawą. Ponadto brak ww. postanowienia umownego utrudnia złożenia oferty, gdyż wykonawca nie wie, jakiej wartości potrąceń może spodziewać się w związku z karami umownymi oraz czy ww. potrącenia nie skonsumentują całości wynagrodzenia wykonawcy.

3. Postanowienia umowne uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę zmiany wynagrodzenia

adekwatnej do zmienionych kosztów wykonania zamówienia.

3.1. Zgodnie z § 11 ust. 4 lit. b) projektu umowy:

Zmiana wynagrodzenia może nastąpić w przypadku zmiany:

b) zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jeżeli poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów przekroczy 10 proc. Zmiana ta będzie dokonywana o wysokość wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Pierwsza zmiana możliwa jest po upływie 6 miesięcy. Zmiana umowy w powyższym zakresie możliwa jest raz w trakcie trwania umowy po upływie 6 miesięcy. Zmiana jest możliwa jeśli zmiana ceny materiałów lub kosztów rzutuje bez pośrednio na koszt wykonania zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest wraz z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia przedłożyć szczegółowe wyliczenie, skutków zmiany ceny materiałów lub kosztów wynagrodzenia poprzez zestawienie kosztów związanych z realizacją zamówienia tj. kosztów stanowiących koszt usług oraz wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym została sporządzona oferta Wykonawcy. Zmiana wynagrodzenia może polegać zarówno na jego wzroście jak i obniżeniu. Zmiana nie może skutkować wzrostem wynagrodzenia miesięcznego za wykonanie przedmiotu umowy o więcej niż 15 %.

3.2. Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi: 36 miesięcy.

3.3. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, że zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, de facto zwalnia Zamawiającego z obowiązku partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa o ile nastąpi wzrost cen materiałów lub kosztów przekroczy 10 %.

Tak wysoki poziom wzrostu cen ma charakter niezwykle rzadki, incydentalny i zwykle jest wywołany nadzwyczajnymi okolicznościami. Celem art. 439 Ustawy jest zaś ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji. Tym samym poziom ww. wzrostu cen ustalony w ww. klauzuli, ze względu na ową nadzwyczajność, powoduje, że ww. klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 pzp, w tym w szczególności z jego celem.

3.4. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje ponadto, że ww. klauzula jest wadliwa, gdyż dopuszcza waloryzację tylko jeden raz w okresie wszystkich 36 m-cy realizacji zamówienia. Ustalenie tego rodzaju ograniczenia ilościowego waloryzacji oznacza, że wykonawca samodzielnie finansuje zmiany cen. W sprawie istotnym jest, że postępowania prowadzone jest w okresie dynamicznych zmian gospodarczych. Powszechnie wiadomym jest, że rok do

roku wskaźnik inflacji wzrósł do poziomu 17%. Nie jest wykluczone, że ww. trend utrzyma się. W związku z powyższych urealnienie cen ofertowych i uzyskanie porównywalnych ofert wymaga zaprojektowania w umowie mechanizmów umożliwiających rozsądny podział ryzyk kontraktowych pomiędzy wykonawcę a zamawiającego. Projekt umowy takiego mechanizmu nie zawiera. Aktualne postanowienia umowne obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zmian kontraktowych przez kolejne 6 miesięcy realizacji umowy i wyłączają możliwość uzyskania kolejnych aktualizacji wynagrodzenia. W efekcie powyższego, ceny ofertowe muszą uwzględniać ww. ryzyko i wzrosną nieproporcjonalnie względem rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia. Tym samym Zamawiający otrzyma ceny za wykonanie zamówienia obciążone ww. ryzykiem.

- 3.5. Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych 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.
- 3.6. 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 powinnośc 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 konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.
- 3.7. Ze względu na termin realizacji umowy (trzy lata), wykonawcy nie są w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen środków, materiałów czy niektórych usług. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia.
- 3.8. 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 współżycia społecznego. W świetle art. 439 pzp niedopuszczalne jest, aby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia.
- 3.9. Realizując zasadę przejrzystości Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej

zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. Wobec powyższego wymaganie od wykonawców przewidywania kosztów realizacji zamówienia na okres czterech lat realizacji kontraktu wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców a nadto jest sprzeczny art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3.10. Bezpośrednią konsekwencją opisanego naruszenia wymogu przejrzystości jest naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Zamawiający utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż wykonawcy konkurują w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia co do wzrostu kosztów.

3.11. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 Ustawy. Klauzula nie zawiera regulacji o sposobie ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym klauzule te są niezgodne 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.

Zgodnie z art. 439 ust. 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.

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

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 wskazany w umowie.

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.

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 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 klauzule sformułowana przez Zamawiającego są wadliwe i nie stanowią wykonania ww. zobowiązania do odpowiedniej zmiany umowy. Klauzule te nie zawierają bowiem ściśle określonego, obiektywnego miernika, który będzie podstawą zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

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.

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].

Ponadto jak słusznie zwrócił 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.*

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)

Mając na uwadze 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.