

Wrocław, dnia 27.02.2023r.

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

Odwołujący:

Impel Facility Services Sp. z o. o.
ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław
KRS: 0000005901; NIP: 9542250979; REGON: 276153155

reprezentowany przez pracownika

Katarzyna Grabek
numer telefonu: 510 013 153
adres poczty elektronicznej: k.grabek@impel.pl

Zamawiający:

Szpital Św. Anny w Miechowie
ul. Szpitalna 3
32-200 Miechów
Adres poczty elektronicznej: przetargi@szpital.miechow.pl
Adres strony internetowej: <http://www.szpital.miechow.pl>
Nr telefonu: +48 413820342

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), - dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług polegających na kompleksowym sprzątnięciu pomieszczeń Szpitala św. Anny w Miechowie, pracach pomocniczych (niewymagających przygotowania medycznego) przy pacjentach, rozdawanie posiłków”.
Nr postępowania: 5/PN/2023.

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 035-103133 w dniu 17 lutego 2023 r.
1. Nazwa postępowania: „Świadczenie usług polegających na kompleksowym sprzątnięciu pomieszczeń Szpitala św. Anny w Miechowie, pracach pomocniczych (niewymagających przygotowania medycznego) przy pacjentach, rozdawanie posiłków”.

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. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy** poprzez ustalenie blankietowych postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia należnego wykonawcy w zakresie węższym niż wymagany ustawą Prawo zamówień publicznych;
- 2) **art. 433 pkt 4 Ustawy** poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych ze względu na dopuszczenie do dowolnego kształtowania przez Zamawiającego wielkości zamówienia i zaniechanie ustalenia w treści SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,
- 3) **art. 436 pkt 4b Ustawy** poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SWZ postanowień o waloryzacji i zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, o których mowa w przepisie.

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

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

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 ofert, zgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 Ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w przypadku zamówień, których wartość jest wyższa niż progi unijne.

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

Zamawiający w dniu 17.02.2023 roku opublikował oraz przekazał SWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług polegających na kompleksowym sprzątnięciu pomieszczeń Szpitala św. Anny w Miechowie, pracach pomocniczych (niewymagających przygotowania medycznego) przy pacjentach, rozdawanie posiłków”.

Ad. Zarzut 1)

Odwołujący wskazuje, iż termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne został ustalony przez Zamawiającego, zgodnie SWZ, na okres 36 miesięcy tj. na okres przekraczający 12 miesięcy.

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp, w przypadku umów, zawieranych na okres dłuższy, niż 6 miesięcy, muszą one zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Umowa musi określać:

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

- a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
 - 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający w § 8 ust. 4 pkt 4.2.b) przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia cen i materiałów poprzez wprowadzenie do projektu umowy następujących zapisów:

- 1) *Strony dopuszczają również w trakcie obowiązywania umowy zmiany cen usługi będącej przedmiotem umowy na zasadach określonych w art. 436 ust. 4 ustawy Pzp w następujących przypadkach :*

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 ceny za 1 kg. prania o więcej niż 15 %.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający narzuca jednostronnie zasadę, że waloryzacja może nastąpić jedynie raz, podczas trwającej 36 miesięcy umowy.

W związku z istotnym wzrostem inflacji na poziomie dwucyfrowym - wprowadzenie przez Zamawiającego w treści umowy możliwości waloryzowania wynagrodzenia jedynie raz narusza art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych i *de facto* prowadzi do obejścia tego przepisu przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż przy tak dużej obecnie dynamice zmian sytuacji gospodarczej konkretne stawki kosztów lub cen materiałów już po upływie kwartału funkcjonowania

umowy w sprawie zamówienia publicznego mają charakter wyłącznie archiwalno-historyczny, gdyż nie uwzględniają aktualnie obowiązujących wartości świadczenia Wykonawcy.

Odwołujący podkreśla, że podczas prac nad przepisami nowej ustawy prawo zamówień publicznych wielokrotnie wskazywano, że przepisy tej ustawy mają przede wszystkim na celu wprowadzenie regulacji, która będzie zmierzała do lepszego wyważenia interesów stron umowy o zamówienie publiczne. Narzędziami, które miały temu służyć, są postanowienia dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności przepis określający obowiązkowe klauzule umowne, przepis art. 433 pzp, wprowadzający do pzp klauzule niedozwolone, czy art. 439 Pzp, dotyczący obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca wszystkie ryzyka na wykonawców, gdyż to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty. Zamawiający zaś nie ponosi żadnego ryzyka takiego działania, gdyż zawierając umowę w 2023 roku, niejako gwarantuje sobie 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.

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.

Takie działanie sprzeciwia się ustawie, a co za tym idzie - zasada swobody umów w tym zakresie ulega ograniczeniu w oparciu o art. 353¹ KC. Swoboda kształtowania postanowień umowy ulega ograniczeniom wynikającym z ustawy. „*Ustawowe ograniczenie zasady swobody umów należy wiązać z przepisami ustawowymi o charakterze bezwzględnie obowiązującym (ius cogens)*”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 spreczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 pzp nie powinny mieć racji bytu.

Takie działanie zamawiającego przeczy także zasadzie współdziałania Zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia publicznego, jaką wprowadzono do pzp na mocy art. 431 pzp. Podstawowym obowiązkiem umownym Zamawiającego w przypadku przedmiotowego zamówienia jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane usługi.

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 3}. 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 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

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;

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.

Należy także zwrócić uwagę na 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”⁴ 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**”⁵.

Konkludując, Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowy w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący obejście przepisów art. 439 ust. 1 pzp, a co za tym idzie - postanowienia umowy w takim brzmieniu nie powinny być akceptowane i powinny ulec zmianie.

⁴ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431;

⁵ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021;

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień umowy, w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost cen materiałów lub kosztów w stosunku do cen/kosztów, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę § 8 ust. 4 pkt 4.2.b) projektu umowy w zakresie postanowień zgodnych z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. klauzuli, na podstawie której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, poprzez zmianę § 8 ust. 4 pkt 4.2.b) i wpisanie w jego miejsce postanowień o treści:

*Strony dopuszczają również w trakcie obowiązywania umowy zmiany cen usługi będącej przedmiotem umowy na zasadach określonych w **art. 439** ustawy Pzp w następujących przypadkach :*

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. Każda kolejna zmiana może nastąpić nie wcześniej, niż po upływie kolejnych 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 ceny, o więcej niż 15 % wartości zamówienia. .

Ad. Zarzut 2)

Zgodnie z postanowieniami projektu umowy, zamawiający przewiduje możliwość zmian w zakresie sposobu realizacji lub zakresu Umowy, a także zmiany wynagrodzenia, w przypadku wskazanym w :

§ 8 ust. 4 ust. 1 i 2:

Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmniejszania powierzchni utrzymania czystości i porządku, w przypadku przejścia do użytkowania określonych pomieszczeń przez inne podmioty. Zamawiający ma prawo obniżyć wynagrodzenie zmniejszając proporcjonalnie do zmniejszonej powierzchni sprzątanej, powiadamiając o tym fakcie Wykonawcę na piśmie z dwutygodniowym wyprzedzeniem.

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia noszą znamiona klauzuli ograniczającej wielkość zamówienia, jak i klauzuli dotyczącej istotnej zmiany umowy.

Na mocy postanowień § 4 ust. 1 i 2 projektu umowy Zamawiający daje sobie prawo do zmniejszenia wartości umowy, nie wskazując gwarantowanej wielkości zamówienia, co daje mu możliwość nieograniczonej redukcji zamówienia.

Zamawiający, ograniczając wielkość zamówienia, nie znosi jednocześnie żadnego z innych, niż świadczenie pracy, obowiązków wykonawcy. Wykonawca jest więc zobowiązany np. do ciągłego utrzymywania w gotowości kadr, niezbędnych do realizacji zamówienia, zatrudnionych - zgodnie z umową - na podstawie stosunku pracy. Zamawiający nie rekompensuje kosztów ww. zatrudnienia, ani też żadnych innych kosztów związanych z utrzymaniem gotowości usługi. Pomimo ponoszenia przez wykonawcę kosztów stałych kontraktu, Zamawiający ogranicza się wyłącznie do zapłaty za usługę w zrealizowanej faktycznie części, a więc bez kosztów utrzymania gotowości usługi. Z uwagi na powyższe, klauzula ta stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienia są niekorzystne i dyskryminujące wobec wykonawcy, a nadto mogą być interpretowane jako wyzysk. Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron, wyrażoną w art. 431 pzp, jak i zasadą swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353(1) k.c. Ze względu na cel ww. regulacji, uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 k.c.

Odwołujący podnosi również, że ww. postanowienia § 4 ust. 1 i 2 projektu umowy, nie spełniają wymogów art. 455 ust. 1 pzp tj. nie zawierają wymaganych ww. przepisem pzp elementów warunkujących zmianę umowy.

Przywołane we wstępie postanowienia, umożliwiają Zamawiającemu ograniczenie wielkości zamówienia do 100% jego wartości, co świadczy o tym, iż wielkość podana w SWZ jest wielkością pozorną, której celem nie jest umożliwienie rzetelnej wyceny ofert.

Możliwość ograniczenia zamówienia wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy, oznacza, że minimalna wielkość zamówienia została określona w sposób niski. Zamawiającemu przysługuje bowiem prawo do zmiany wielkości umowy w zakresie praktycznie całego kontraktu. Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia § 4 ust. 1 i 2 projektu umowy nie stanowią jednoznacznej deklaracji Zamawiającego, co do wielkości zamówienia lub gwarancji do tejże wielkości. Przywołane postanowienie dowodzą, że wielkość kontraktu, i tym samym, rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, są zdecydowanie poniżej założeń i wartości określonych w SWZ. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wątpliwym jest, aby podany w SWZ zakres zamówienia, był wartością i wielkością rzeczywistą, która powinna stanowić podstawę wyceny oferty. Z uwagi na powyższe, brak wskazania w SWZ gwarantowanej wielkości zamówienia, stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp, w tym w szczególności naruszenie art. 433, art. 455 oraz art. 99 pzp, a nadto jest sprzeczne z prawem z uwagi na zasady prawa cywilnego.

Postanowienia umowne dopuszczają dowolną zmianę umowy względem treści złożonej oferty. Zmiana ta nie jest określona i sprecyzowana w myśl reguł, określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp, ani też żadnych innych reguł i zasad wynikających z pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem pzp, aby zmiana umowy była dopuszczalna, musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian oraz warunki wprowadzenia ww. zmian. Zmiana taka nie może także skutkować modyfikacją umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienia umowne nie zawierają żadnego z przywołanych elementów, wymaganych ustawą pzp, to zmiana taka jest sprzeczna z ww. ustawą.

Uwagi wymaga również fakt, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniach umownych, w niektórych przypadkach, mogą być zależne wyłącznie od woli Zamawiającego. Na skutek przywołanych powyżej postanowień umownych wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż czasowe wyłączenia z realizacji zamówienia, nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego. Wykonawca zobowiązany zaś jest ponieść określone koszty stałe, zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu. Pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, sprzęt dodatkowo traci na wartości, a asortyment (np. zakupione środki czystości) mogą utracić datę przydatności do użycia.

W konsekwencji, uzasadniony jest zabieg ustawodawcy, pozwalający zagwarantować wykonawcy wyższy pułap gwarantowanej wielkości zamówienia, którego zamawiający zmniejszyć nie może.

Odwołujący podnosi, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisania, 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).

Odwołujący wskazuje, że brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron wpływa na decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg wykonawców zainteresowanych małym - niewielkim, wolumenem – zamówieniem, jest inny, niż dużym.

Uwagi wymaga również fakt, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniu umownym stoją w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania. Na mocy przywołanego postanowienia umownego dozwolone jest bowiem wykreowanie po udzieleniu zamówienia innego lub nawet nowego zobowiązania wykonawcy niż to, które było przedmiotem postępowania. Odwołujący podkreśla, że tego rodzaju zmiany są zakazane w myśl pzp i dotyczą tak nieistotnych zmian umowy, jak i istotnych.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o określenie minimalnego zakresu zamówienia i dodanie w „projekcie umowy” postanowienia o treści: *„Zmniejszenie wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 4 ust. 1 i 2 nie może w czasie trwania umowy, wynosić więcej niż 10% wartości zamówienia”.*

Ad. Zarzut 3)

Zgodnie z art. 436 Ustawy w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa musi zawierać zasady wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- a) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- b) 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,
- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572),

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

Zamawiający nie zawarł w treści projektu umowy zapisów dotyczących wymogów, wynikających z wyżej cytowanych przepisów ustawy.

W § 8 ust. 4 pkt 4.2.a przewidział wprawdzie waloryzację wynagrodzenia, jednak dotyczy ona jedynie pierwszej z czterech przesłanek wymaganych Ustawą i wprowadził postanowienie o treści:

1. *Zamawiający na podstawie art. 436 ust. 2 ustawy i 439 Pzp przewiduje możliwość dokonania zmiany w zawartej umowie w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w następujących sytuacjach:*

Strony dopuszczają również w trakcie obowiązywania umowy zmiany cen usługi będącej przedmiotem umowy na zasadach określonych w art. 436 ust. 4 ustawy Pzp w następujących przypadkach :

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

Pominał zatem pozostałe trzy przesłanki oraz zasady waloryzacji dotyczące możliwości zmiany wynagrodzenia i nie wskazał, iż waloryzacja obowiązywać będzie od dnia wejście w życie zmiany przepisów, dot. elementów, o których mowa w pkt. a) – d).

Zgodnie z Komentarzem do Zamówień Publicznych z 2021r. wydanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, art. 436 pkt 4 lit. b) wskazuje, iż stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych, wysokość wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, 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.

Celem przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, wg ww. komentarza, jest (...) *zmiana wynagrodzenia wykonawcy, która powinna być adekwatna do zmiany czynników, w nawiązaniu do których określił swoje wynagrodzenie, ma ona wynikać wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia (...).*

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa na jasno określonych zasadach aby potencjalni wykonawcy wiedzieli, czy podołają procesowi waloryzacji.

W związku z powyższym, mając na względzie, że termin umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres przekraczający 12 miesięcy, a postanowienia ogłoszenia i SWZ nie zawierają regulacji o warunkach zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w zakresie opisanym i wymaganym przepisem art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, Odwołujący wnosi o zmianę treści projektów umów.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień § 8 ust. 4 pkt 4.2.a projektu umowy, w tym w szczególności projektu umowy poprzez dodanie brakujących przesłanek dot. waloryzacji wynagrodzenia tj. zmiany wynagrodzenia w przypadku:

- a) 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,
- b) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- c) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572),

oraz określenie w projektach umów zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego z uwzględnieniem, iż zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian przepisów i wpisanie postanowienia o następującej treści:

„1. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 436 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany:

a. stawki podatku od towarów i usług,

b. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

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

2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust 1.

3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

5. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. c) i d) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.

6. Za wyjątkiem sytuacji, o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b) i c i d).

7. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności”.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.