

Wrocław, dnia 1 sierpnia 2022 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa

Odwolujący:

Praxima Krakpol Sp. z o. o. – lider konsorcjum

ul. Dworcowa 2, 32-540 Trzebinia

KRS: 0000008388

NIP: 6282003661

Impel Facility Services Sp. z o.o.

ul. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000005901

NIP: 9542250979

Numer telefonu: 727 003 567

Adres poczty elektronicznej: k.stefanska@impel.pl, d.wojciak@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Daria Wójciak - Pełnomocnik

Zamawiający:

Najwyższa Izba Kontroli

ul. Filtrowa 57; 02-056 Warszawa

E-mail: nik.zp@nik.gov.pl; <http://www.nik.gov.pl>

Tel.: +48 224445714 Faks: +48 224445415

ODWOŁANIE

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.

„Kompleksowa usługa sprzątnia w Centrali NIK i Delegaturach NIK”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia **2022/S 138-394834** z dnia 20 lipca 2022r.

Kompleksowa usługa sprzątnia w Centrali NIK i Delegaturach NIK.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

- 1) art. 433 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,
- 2) art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 353¹ kc, art. 484 § 2 kc i art. 483 kc w związku z art. 8 ust. 1 poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego łącznej wysokości kar umownych
- 3) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

Wskazanie interesu Odwołującego:

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

UZASADNIENIE

**Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania
oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.**

W dniu 20 lipca 2022 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

1.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w załączniku nr 3.2, nr 3.8, nr 3.11, nr 3.12, nr 3.14, nr 3.15, nr 3.16 do SWZ – projekt umowy (por. postanowienie § 10 ust. 1) wskazał, że:

„1. Działając na podstawie art. 455 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający przewiduje możliwość zmiany postanowień Umowy w następujących przypadkach:

1) niezbędna jest zmiana terminu realizacji Umowy w przypadku zaistnienia okoliczności lub zdarzeń uniemożliwiających realizację Umowy w wyznaczonym terminie, o ile ich powstanie nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy. Zmianie może ulec termin realizacji Umowy o okres trwania zdarzenia lub okoliczności, o których mowa powyżej, a które uniemożliwiają realizację przedmiotu Umowy zgodnie z jej treścią i w sposób należyty;

2) w przypadku zaistnienia innych okoliczności, bez względu na ich charakter, w tym leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami, o ile ich pojawienie się nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy, w tym o charakterze prawnym, organizacyjnym, ekonomicznym, administracyjnym lub technicznym, możliwa jest uzasadniona tymi okolicznościami zmiana:

a) sposobu wykonania Umowy, w tym zmiana zakresu lub wyłączenia części przedmiotu Umowy;

b) wynagrodzenia Wykonawcy przy czym wynagrodzenie może zostać zwiększone maksymalnie o 10% w stosunku do pierwotnie określonego Umową oraz zgodnie ze stawkami przyjętymi w ofercie Wykonawcy;

c) zmiana terminu realizacji przedmiotu Umowy odpowiednio do okresu trwania przeszkody, która uniemożliwia realizację przedmiotu Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty;

3) zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadkach określonych w § 6 ust. 16-22 Umowy;

4) zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadkach określonych w ust. 2.”

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób abuzywny na gruncie przepisu art. 433 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych zastrzega sobie jednostronne uprawnienie do zmiany (ograniczenia) zakresu przedmiotu zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy. Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SWZ i umowy, gdyż Wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi. Jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony Wykonawcy, zatem wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu

Według Odwołującego Zamawiający, dążąc do minimalizacji cen w ofertach, winien być zainteresowany jasnym i realnym wskazaniem "gwarantowanego" zakresu udzielanego przedmiotu zamówienia, co spowoduje, że Wykonawcy nie będą w cenie ofert wkalkulowywać ryzyka wynikającego z ewentualnego "niezamówienia usług".

Odwołujący podkreśla, że w uzasadnieniu do ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.) ustawodawca wyraźnie wskazuje się zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. dopełnieniem jest przykładowy katalog abuzywnych klauzul wskazany w art. 433 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.). W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak 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 postanowienia umowne 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.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowienia projektu umowy i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 90% wartości zamówienia.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 10 ust. 1 projektu umowy poprzez dodanie w ust. 1 nowego pkt. 5 w następującym brzmieniu lub równoważnym:

„5. Strony mogą wspólnie w formie pisemnego aneksu dokonać zmian umowy w zakresie wynikającym z pkt. 1-4. Ograniczenie zakresu zamówienia, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie może skutkować zmniejszeniem łącznej wartości netto usług, stanowiących przedmiot umowy, do wartości niższej niż 90% kwoty, o której mowa w § 6 ust. 1.”

2.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w załączniku nr 3.2, nr 3.8, nr 3.11, nr 3.12, nr 3.14, nr 3.15, nr 3.16 do SWZ – projekt umowy (por. postanowienie § 5 ust. 6) wprowadził następującą klauzulę:

„Całkowita łączna wysokość kar umownych naliczonych z tytułu realizacji Umowy nie może przekroczyć 100% wynagrodzenia netto określonego w § 6 ust. 1 Umowy”.

Odwołujący zarzuca, że ustalenie przez Zamawiającego limitu kar umownych na poziomie wartości całkowitej przedmiotu umowy stanowi rażące naruszenie przepisu art. 436 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Mając na względzie opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (https://www.uzp.gov.pl/data/assets/word_doc/0027/48465/Wyrownanie_stron-umowy_partners.docx)

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, ustalając górny limit kar umownych, winien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 ustawy prawo zamówień publicznych.

Jak już podniesiono, kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, Zamawiający powinien pamiętać ustalając maksymalną wysokość kar umownych, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.

W konsekwencji Zamawiający, określając górny limit kar umownych, winien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania postanowień umowy sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Odwołujący zaznacza, iż Zamawiający ustalając maksymalny limit kar umownych pominął naturę stosunku prawnego, jaka łączyć ma strony oraz zignorował zasady współżycia społecznego zakładające równoprawność stron zawieranej umowy, czym naruszył dyspozycję art. 353¹ k.c. Ponadto kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Odwołujący podkreśla, że kara umowna zgodnie z art. 483 § 1 k.c. jest instytucją związaną z naprawieniem szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Nie jest więc dopuszczalne zastrzeżenie kary, w sytuacji, gdy Zamawiający nie ponosi szkody ze względu na działania lub zaniechania Wykonawcy. W takim wypadku Wykonawca nie powinien być obciążany karą, gdyż stoi to w sprzeczności z przepisami kodeksu cywilnego o odszkodowaniu za nienależyte wykonanie zobowiązania.

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Kara umowna zastępuje odszkodowanie, a ponadto pełni rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi

to dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada.

W umowie można łączyć kary za różne tytuły. Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).

Odwołujący wskazuje, że przy limicie kar umownych na poziomie 100% wartości wynagrodzenia za całość umowy - wykonawcy nie są de facto w stanie sporządzić rzetelnej oferty, gdyż nie mogą należycie ocenić ryzyka odpowiadającego regułom rynkowym.

Zamawiający nie powinien zapominać, iż jego obowiązkiem jest współdziałanie przy realizacji przedmiotu zamówienia na gruncie przepisu art. 431 ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 354 § 2 k.c. Odwołujący zauważa, iż dowodzi to jednocześnie, że zaproponowane, czy raczej narzucone przez Zamawiającego kary, będą w istocie nienależnym świadczeniem, którego uiszczenie spowoduje wzbogacenie Zamawiającego ponad kwoty realnie poniesionych kosztów lub strat. Stanowi to w ocenie Odwołującego także naruszenie zasad współzycia społecznego. Odwołujący wskazuje na dysharmonię wobec limitu wartości kar stosowanych na podobnych zamówieniach realizowanych obecnie w Polsce, których maksymalna wysokość kar umownych nie przekracza z reguły pułapu 20% wartości umowy.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z treścią wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2008 roku (V ACa 483/08), wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, wartość robót ustalonych w umowie, w której kara została zastrzeżona, jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody, zaś w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r. (IV CSK 401/10). Odwołujący zaznacza, że nie sposób uzasadnić poglądu, iż skoro Zamawiający uzyska należne mu świadczenie, to powinien on też otrzymać od Wykonawcytakie wysokie kary umowne.

Akceptacja powyższego stanowiska prowadziłaby do nieuprawnionego wniosku, iż kara umowna może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia jednej ze stron kosztem drugiej. Kara umowna stanowi sankcję cywilnoprawną, której celem jest naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Winna ona wyłącznie kompensować negatywne konsekwencje prawne wynikające z uchybienia realizacji obowiązków umownych, natomiast nie może być postrzegana w kategoriach środka prawnego, chroniącego jedną ze stron ponad miarę.

W konsekwencji Odwołujący stwierdza, iż Zamawiającemu nie chodzi tylko o zrealizowanie przedmiotu zamówienia, lecz nastawiony jest na systematyczne penalizowanie Wykonawcy. Odwołujący zauważa, iż przy tak ustalonym limicie kar umownych (sic - 100% wartości umowy!) kary umowne w niniejszej umowie tracą przymiot surogatu odszkodowania.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 5 ust. 6 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:

„...Całkowita łączna wysokość kar umownych naliczonych z tytułu realizacji Umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia netto określonego w § 6 ust. 1 Umowy.”

3.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w załączniku nr 3.2, nr 3.8, nr 3.11, nr 3.12, nr 3.14, nr 3.15, nr 3.16 do SWZ – projekt umowy (por. postanowienie § 6 ust. 16-20) wskazał, że:

„16. Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1-3 zostanie odpowiednio zmienione (zmniejszone lub zwiększone) w wysokości wynikającej ze wskaźnika wzrostu (spadku) cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny – dalej jako: „wskaźnik GUS” – za poprzedni rok kalendarzowy.

17. Minimalny poziom zmiany wskaźnika GUS, w wyniku którego wynagrodzenie Wykonawcy zostanie zmienione wynosi 2%, w stosunku do wskaźnika wzrostu (spadku) cen towarów i usług konsumpcyjnych (poziom zmiany ceny) publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny na dzień 1 stycznia roku kalendarzowego, w którym zawarto Umowę.

18. Wykonawca zobowiązany jest do wykazania wpływu zmiany wskaźnika GUS na wykonanie przedmiotu Umowy. Wykazanie wpływu następuje w formie pisemnej. Wykonawca składa wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne oraz dokładne wyliczenie kwoty cen materiałów i kosztów przed i po zmianie wynagrodzenia.

19. Strony nie przewidują zmiany wynagrodzenia na podstawie ust. 16 w pierwszym roku kalendarzowym (tj. w roku 2023) wykonywania usługi. W kolejnym, 2024 roku, wynagrodzenie będzie podlegało zmianie w wysokości wynikającej ze wskaźnika wzrostu GUS za poprzedni rok kalendarzowy z zastrzeżeniem ust. 20.

20. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 16-19 wynosi łącznie 10% wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w ust. 1 Umowy.”

Odwołujący podkreśla, że przepis art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), co oznacza, iż polski ustawodawca nie przewidział dla Zamawiającego podstaw prawnych, aby w projekcie umowy Zamawiający mógł samodzielnie dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń stosowania dyspozycji przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych.

W myśl przepisu art. 439 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający jest obowiązany do wprowadzenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych.

Wskazać należy na gruncie art. 439 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, że Zamawiający ma obowiązek stosować wskaźnik zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnik GUS. Podkreślić należy, że zmiany wskaźników ogłaszane są przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego nie tylko rocznie, ale również kwartalnie. To oznacza, że przyjęcie wskaźnika kwartalnego stanowi dla Stron umowy bardziej elastyczne narzędzie do reagowania na zmianę zjawisk gospodarczych, aniżeli przyjęcie wskaźnika rocznego.

Wprowadzenie przez Zamawiającego w treści projektu umowy (por. § 6 ust. 19) zasady, że „Strony nie przewidują zmiany wynagrodzenia na podstawie ust. 16 w pierwszym roku kalendarzowym (tj. w roku 2023) wykonywania usługi. W kolejnym, 2024 roku, wynagrodzenie będzie podlegało zmianie w wysokości wynikającej ze wskaźnika wzrostu GUS za poprzedni rok kalendarzowy” - narusza istotę przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych. Skoro umowa ma być zawarta w dniu 30.11.2022r., to taka waloryzacja będzie możliwa najwcześniej w styczniu 2024r. – czyli *de facto* po upływie 14 miesięcy lub więcej. Takie postanowienie prowadzi do jednoznacznego obejścia dyspozycji przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych 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.

Podkreślić należy, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na wysokość wskaźników GUS. Wykonawcy nie mają również wiedzy przy kalkulowaniu ceny oferty na temat planowanej wysokości zmian w/w wskaźników, aby właściwie ocenić i uwzględnić ryzyko tych zmian w cenie oferty.

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 2022 roku, niejako gwarantuje sobie stawki świadczenia usług po cenach z roku 2022 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 12 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

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

jest art. 439 Pzp, gdyż Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy, niż 12 miesięcy oraz dokonania waloryzacji wynagrodzenia. A co za tym idzie, postanowienia kształtujące zobowiązania umowne w sposób sprzeczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 pzp nie powinny mieć racji bytu.

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 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.

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

W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy narzucające 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 równowagi pozycji wykonawcy i zamawiającego, wpisaną w szereg przepisów działu VII PZP”⁵.

Konkludując, Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny 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.

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 postanowienia § 6 ust. 16-20 zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

„Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:

- a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.

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;

- b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy -, przy czym zmiana jest dopuszczalna:
- w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert;
 - w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;
- c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;
- d) Suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 15 % ceny kontraktowej netto określonej w dniu zawarcia umowy.
- e) Zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności.”

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.