

Wrocław, dnia 24 października 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

reprezentowana przez
Artur Walkowicz
tel.: 510 011 545
e-mail: a.walkowicz@impel.pl

Zamawiający:

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne
im. prof. K. Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach
ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice
KRS: 0000049660; REGON: 001325767 NIP: 9542274017
tel: 32 3581200 lub 32 358-13-32
e-mail: bzp@uck.katowice.pl
adres strony internetowej:
<https://www.uck.katowice.pl>
adres strony internetowej postępowania:
<https://portal.smartpzp.pl/uck/public/postepowanie?postepowanie=35312051>

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.: *Ochrona obiektów*. (znak sprawy: DZP.381.67B.2022).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00395766/01/01 w dniu 17.10 2022 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych: *Ochrona obiektów*. Numer referencyjny: DZP.381.67B.2022).

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy poprzez ustalenie w treści wzoru umowy postanowień kontraktowych uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę zmiany wynagrodzenia adekwatnej do zmienionych kosztów wykonania zamówienia tj.:
zastrzeżenie w treści wzoru umowy, że w maksymalna dopuszczalna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 7 ust. 1 w niniejszym trybie nie może wynieść więcej niż 10 % tego wynagrodzenia. Zmiana o której mowa w ust. 6 powyżej nie może nastąpić nie wcześniej niż od 1 stycznia 2024 r.
- 2) 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;
- 3) przepisów art. 436 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez ustanowienie w treści § 9 ust. 6 projektu umowy maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości odpowiadającej 50% wartości wynagrodzenia brutto.

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) zastąpienie dotychczasowego postanowienia § 14 ust. 10 projektu umowy, postanowieniem o następującej treści:

Maksymalna dopuszczalna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 7 ust. 1 w trybie, o którym mowa w ust. 9 nie może wynieść więcej niż 10 % tego wynagrodzenia.

Zmiana o której mowa w ust. 6 powyżej nie może nastąpić nie wcześniej niż od 1 stycznia 2024 r.

2) zastąpienie dotychczasowej klauzuli z art. 439 Ustawy, klauzulą o następującej treści:

Propozycja klauzuli:

1. *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.*
 - 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. 0,2% 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. 0,2% 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 takcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 15 % ceny kontraktowej netto, określonej w dniu zawarcia umowy.*
2. *Zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności*
- 3) zastąpienie dotychczasowej klauzuli dotyczącej maksymalnej wysokości kar umownych, klauzulą o następującej treści:

Łączna wysokość kar umownych, jakimi Zamawiający może obciążyć Wykonawcę na podstawie umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto, wskazanego w § 7 ust 1 niniejszej 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 17.10.2022 r. co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Ochrona obiektów*. (znak sprawy: DZP.381.67B.2022).

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

Odwołujący wskazuje, że:

- I. Postanowienia umowne uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę zmiany wynagrodzenia adekwatnej do zmienionych kosztów wykonania zamówienia.

Zgodnie z § 14 ust. 10 projektu umowy:

Maksymalna dopuszczalna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 7 ust. 1 w niniejszym trybie nie może wynieść więcej niż 10 % tego wynagrodzenia. Zmiana o której mowa w ust. 6 powyżej nie może nastąpić nie wcześniej niż od 1 stycznia 2024 r.

Powyższe postanowienie sformułowane jest w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Na podstawie ww. postanowienia wykonawca nie wie, czy ograniczenie do ww. 10% dotyczy wyłącznie zmiany wynagrodzenia dokonywanej w oparciu art. 439 Ustawy czy również dotyczy ono zmiany w oparciu o art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Obie ww. waloryzacji zostały opisane w § 14 wzoru umowy powyżej ww. ust. 10. Dodatkowo maksymalna dopuszczalna zmiana wartości umowy w związku z waloryzacją na podst. art. 439 Ustawy została w sposób jednoznaczny określona w § 14 ust. 9 lit. d) wzory umowy. Zdanie drugie ww. ust. 10 bezpośrednio dotyczy zmiany wynagrodzenia, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy.

Wobec powyższego ww. postanowienie § 14 ust. 10 projektu umowy jest niejasne i nieprecyzyjne a na jego podstawie Zamawiający jest uprawniony do limitacji podwyżki

wynagrodzenia wykonawcy spowodowanej zmianą powszechnie obowiązujących przepisów dotyczących płac minimalnych i ich pochodnych. Odwołujący wskazuje, że limitacja jest wprost niezgodna z Ustawą. Postanowienie umowne dotyczące zmian wzajemnych świadczeń stron, ze względu na ścisły związek z art. 99 Ustawy muszą być *jednoznaczne i wyczerpujące, dokonane za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*.

Przywołana wartość 10% określona przez Zamawiającego, nie gwarantuje, że wynagrodzenie wykonawcy będzie zwaloryzowane o pełny wzrost kosztów związanych zmianą powszechnie obowiązujących przepisów dotyczących płac minimalnych i ich pochodnych. Limitujący model waloryzacji, powoduje, że Zamawiający nie zobowiązuje się jednoznacznie i wprost do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy po zmianie prawa, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy.

Zastrzeżenia umowne o maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w związku z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy stoją w sprzeczności z uzasadnieniem nowelizacji art. 142 poprzedni obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. uzasadnieniem „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

- II. Postanowienia umowne uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę waloryzacji na podstawie art. 439 Ustawy.

Zgodnie z postanowieniami § 14 ust. 9 projektu umowy:

9. *Strony dopuszczają zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia na następujących zasadach:*
- a) *zmiany wynagrodzenia mogą podlegać na jego podwyższeniu lub obniżeniu w wyniku waloryzacji, w oparciu o oficjalny średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za rok poprzedni, publikowany przez Główny Urząd Statystyczny.*
 - b) *podwyższenie wynagrodzenia może nastąpić, jeżeli wskaźnik ten jest wyższy niż 15 % rocznie.*
 - c) *w celu dokonania waloryzacji Strony, w dobrej wierze, w każdym kolejnym roku obowiązywania Umowy przystąpią do negocjacji wysokości waloryzacji cen na kolejny rok obowiązywania Umowy. Wykonawca zobowiązany jest wówczas o udowodnienia Zamawiającemu wzrostu cen poprzez przedłożenie dokumentów finansowych potwierdzających wzrost kosztów wytworzenia przedmiotu umowy lub świadczonych usług w odniesieniu do konkretnych danych finansowych z daty zawarcia umowy i momentu złożenia wniosku.*
 - d) *sumaryczne podwyższenie cen umownych nie może przekroczyć 50 % wysokości wskaźnika GUS, o którym mowa powyżej oraz 10 % maksymalnej wartości umowy brutto w okresie jej obowiązywania. W przypadku deflacji, gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych przyjmie wartość ujemną. Strony ustalają próg istotności wskaźnika na poziomie: – 2%. Po przekroczeniu progu istotności wynagrodzenie wykonawcy zostanie automatycznie pomniejszone o wartość wskaźnika.*
 - e) *W przypadku, gdy Strony nie dojdą do porozumienia co do wzrostu cen na kolejny rok obowiązywania Umowy, każda ze Stron może wypowiedzieć niniejszą Umowę z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia z zastrzeżeniem, iż nieudowodnienie Zamawiającemu wzrostu cen nie może stanowić podstawy wypowiedzenia umowy przez Wykonawcę. Skuteczne wypowiedzenie umowy nie rodzi żadnych dodatkowych obciążeń po żadnej ze Stron, w szczególności nie skutkuje koniecznością zapłaty kary umownej, o której mowa w § 9 ust. 2.*
 - f) *Strony przewidują możliwość dokonania modyfikacji niniejszego postanowienia, jeżeli w trakcie obowiązywania Umowy wejdą w życie przepisy regulujące możliwość dokonywania waloryzacji wynagrodzenia wykonawców w sposób odmienny od przewidzianego przez Strony. Pierwsza waloryzacja cen umownych może nastąpić po opublikowaniu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych za 2023 rok roku z mocą obowiązująca od 1 stycznia 2024 roku.*

Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi: 24 miesiące.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzule są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym ich celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, że zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, jest podwójnie ograniczone w sposób, który de facto zwalnia Zamawiającego z obowiązku partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa o ile łącznie:

- 1) po pierwsze średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za rok poprzedni, publikowany przez Główny Urząd Statystyczny 15%
- i
- 2) po drugie rzeczywista wartość waloryzacji jest nieznana na podstawie postanowień umownych, zostanie ustalona w drodze negocjacji na podstawie nieokreślonych we wzorze umowy dokumentów finansowych

W zakresie powyższego pkt 1):

Odwołujący podnosi, że tak wysoki poziom wskaźnika inflacyjnego ma charakter niezwykle rzadki, incydentalny i zwykle wywołana jest 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. wskaźnika 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.

W zakresie powyższego punktu 2):

Ustalony w umowie sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia wynagrodzenie na charakter negocjacyjny. Warunki prowadzenia ww. negocjacji nie zostały określone we wzorze umowy. Zamawiający nie określił jakich konkretnie dokumentów finansowych będzie oczekiwał od wykonawcy. Nie jest również wiadomo, które z ww. dokumentów będą akceptowane przez Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał również w jaki sposób będzie dokonywana aktualizacja ceny wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 439 Ustawy klauzula waloryzacyjna musi sformułowana w oparciu o jednoznaczne dane i wskaźniki. Klauzula ta powinna odsyłać co jednoznacznych, czytelnych i wymiernych wskaźników i podstaw w oparciu, o które zostanie dokonana aktualizacji. Wykonawca na podstawie ww. wskaźników i podstaw powinien móc ustalić jakiego rzędu waloryzacji może oczekiwać. Zamawiający wbrew ww. wymogom art. 439 Ustawy sformułował klauzulę negocjacyjną. Klauzula ta charakteryzuje się dużym stopniem dowolności

i uznaniowości. Na podstawie ww. klauzuli wykonawca nie jest w stanie oszacować jaki poziom ryzyka zmiany kosztów wykonania zamówienia musi wkalkulować w cenę ofertową. Rzeczywiste warunki waloryzacji wynagrodzenia zostaną ujawnione wykonawcy po podpisaniu umowy.

Przywołana klauzula nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 Ustawy. Klauzula nie zawiera regulacji o sposobie ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym klauzula ta jest niezgodna z Ustawą.

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. We wzorze umowy podano bowiem tylko maksymalne poziomy wzrost wynagrodzenia. Wzór umowy nie zawiera natomiast postanowień informacji o obiektywny i skonkretyzowany sposób ustalenia innego niż maksymalny wzrost kosztów. Wzrost ten zostanie ustalony zgodnie ze wzorem umowy w drodze negocjacji.

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.

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.

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 takę 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 niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 439,

Warszawa

2021 oraz A. Matusiak, *Waloryzacja umów*, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie 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)

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje ponadto, że ww. klauzula jest wadliwa, gdyż dopuszcza waloryzację nie częściej niż co 12 miesięcy. Ustalenie tak długiego terminu oczekiwania na waloryzację oznacza, że wykonawca samodzielnie finansuje zmiany cen. Postanowienia umowne obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zmian kontraktowych przez kolejne 12 miesięcy realizacji umowy. 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.

III. Postanowienia umowne – maksymalna wysokość kar umownych.

Zgodnie z postanowieniem § 9 ust. 6 projektu umowy:

Łączna wysokość kar umownych, jakimi Zamawiający może obciążyć Wykonawcę na podstawie umowy nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia brutto, wskazanego w § 7 ust 1 niniejszej umowy.

Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 50% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za 1/2 wykonanego zamówienia, gdyż wynagrodzenie to zostanie skonsumowane przez kary umowne. Z kolei Zamawiający nie dość, że osiągnie cel, w jakim prowadzi postępowanie, czyli otrzyma usługę opisaną w SWZ, to jeszcze niejako uzyska zwrot 50% inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje również, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą sądów powszechnych, wysokość kar, która w stosunku do wartości zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, uznawana jest za nadmierną dolegliwość, świadczącą o niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecnictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie dostępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r. sygn. akt: V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy. Na dzień złożenia odwołania ustalona, w projekcie kara za wypowiedzenie umowy wynosi 10% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Już z tego choćby powodu maksymalna wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

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.

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez Artur
Walkowicz
Data: 2022.10.24 13:17:57 CEST

