

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
numer telefonu: 510013017
adres poczty elektronicznej: a.borsa@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Agata Borsa

Zamawiający:
Skarb Państwa - Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie
ul. Jasna 2/4; 00-013 Warszawa
Krajowy numer identyfikacyjny: NIP 525-22-83-365, REGON 015608709
E-mail: zamowienia.publiczne@warszawa.wsa.gov.pl
Tel.: +48 225537865

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 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie czystości w budynkach Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia **2023/S 210-661548** z dnia 31 października 2023r.

Utrzymanie czystości w budynkach Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

Numer referencyjny: WSA-ZP-12-2023.

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. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieprecyzyjny opis przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia,
- 2) 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,
- 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 31 października 2023 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego postanowienia projektu umowy naruszają przepis art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr 2 – projektowane postanowienia umowy (por. postanowienie § 27 ust. 2 pkt 1-3; pkt 8) wskazał, że:

2. Zgodnie z treścią art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany zawartej umowy w sytuacji obiektywnej konieczności wprowadzenia zmiany, w niżej przedstawionym zakresie, z zastrzeżeniem art. 454 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1) skrócenia terminu realizacji umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 1 z miesięcznym okresem wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca, z przyczyn organizacyjnych leżących po stronie zamawiającego;

2) zwiększenia lub zmniejszenia liczby osób sprzątających o których mowa w § 5 ust. 1, z przyczyn organizacyjnych leżących po stronie zamawiającego, na warunkach finansowych określonych w kosztorysie ofertowym złożonym przez wykonawcę w toku postępowania przetargowego;

3) zmiany w obowiązujących przepisach prawa mające wpływ na przedmiot i warunki umowy oraz zmiana sytuacji prawnej lub faktycznej wykonawcy i/lub zamawiającego skutkująca niemożliwością realizacji przedmiotu umowy;

4) zaistnienia siły wyższej rozumianej jako zdarzenia pozostające poza kontrolą każdej ze stron, których strony nie mogły przewidzieć ani im zapobiec, i które zakłócają lub uniemożliwiają realizację umowy, takie zdarzenia obejmują w szczególności: wojny, rewolucje, pożary, powodzie, działania terrorystyczne, zakłócenia spowodowane wprowadzeniem zabezpieczeń antyterrorystycznych;

5) powstania nadzwyczajnych okoliczności (nie będących „siłą wyższą”), grożące rażącą stratą, których strony nie przewidziały przy zawarciu umowy;

6) zmiana danych wykonawcy (np. zmiana siedziby, adresu, nazwy) lub zmiana wynikająca z przekształcenia podmiotowego po stronie wykonawcy np.: w formie sukcesji uniwersalnej;

7) zmiany wynikające z powstania niezgodności pomiędzy zapisami umowy a treścią oferty i/lub ogłoszenia;

8) zmiany miejsca świadczenia usług, wykonywania świadczeń gwarancyjnych, świadczenia usług stanowiących przedmiot umowy oraz zmian adresów tych miejsc w wyniku zmian organizacyjnych i/lub zmian adresów zamawiającego;

9) w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, wpływają na należyte wykonanie tej umowy;

10) wszelkich rozbieżności lub niejasności w umowie, których nie można usunąć w inny sposób, a zmiana będzie umożliwiać usunięcie rozbieżności i doprecyzowanie umowy w celu jednoznacznej interpretacji jej zapisów przez strony.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że wprowadzając możliwość ograniczenia przedmiotu zamówienia w § 27 ust. 2 pkt 1-3; pkt 8 umowy, Zamawiający zaniechał precyzyjnego określenia wartości gwarantowanej przedmiotu zamówienia w świetle przepisu art. 433 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

Według Odwołującego Zamawiający na gruncie przepisu art. 433 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych, dążąc do minimalizacji cen w ofertach, winien być zainteresowany jasnym i realnym wskazaniem "gwarantowanego" zakresu udzielanego przedmiotu zamówienia, co spowoduje, że Wykonawcy nie będą zmuszeni w cenie ofert dokonywać kalkulacji ryzyka wynikającego z ewentualnego "niezamówienia usług" przez Zamawiającego.

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 eliminacje 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.

W kontekście postanowienia § 27 umowy Odwołujący zarzuca także naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieprecyzyjny opis przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia,

W ocenie Odwołującego Zamawiający winien w postanowieniu § 27 ust. 2 pkt 8 podać konkretne planowane lokalizacje, w których ewentualnie usługa będzie świadczona; a jeśli nie - potwierdzić, że jeśli zmiana lokalizacji będzie się wiązać ze zmianą kosztów świadczenia usługi, Zamawiający pokryje te koszty. Alternatywnie Zamawiający winien umożliwić obu Stronom umowy w formie pisemnego aneksu prawidłowe określenie zasad współpracy w przypadku zmiany lokalizacji lub dopuścić do możliwości rozwiązania umowy przez Wykonawcę za odpowiednim okresem wypowiedzenia.

Podobnie w przypadku postanowienia § 27 ust. 2 pkt 9, dotyczącego wystąpienia COVID-19 Zamawiający winien precyzyjnie określić opis warunków świadczenia usługi lub umożliwić obu Stronom umowy w formie pisemnego aneksu prawidłowe określenie zasad współpracy w trakcie wystąpienia ewentualnej kolejnej pandemii.

Przepis art. 99 ustawy prawo zamówień publicznych stanowi:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 27 wzoru umowy przez:

- 1) modyfikację ust. 2 pkt 8 według poniższego brzmienia lub równoważnego:
„zmiany miejsca świadczenia usług, wykonywania świadczeń gwarancyjnych, świadczenia usług stanowiących przedmiot umowy oraz zmian adresów tych miejsc w wyniku zmian organizacyjnych i/lub zmian adresów zamawiającego. Jeśli zmiana lokalizacji będzie się wiązać z poniesieniem przez Wykonawcę dodatkowych kosztów świadczenia usługi, Zamawiający pokryje te koszty. Strony umowy w formie pisemnego aneksu określą zasady współpracy w przypadku zmiany lokalizacji”
- 2) modyfikację ust. 2 pkt 9 według poniższego brzmienia lub równoważnego:
„w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, wpływają na należyte wykonanie tej umowy. Strony umowy w formie pisemnego aneksu określą zasady współpracy w przypadku wystąpienia COVID - 19”
- 3) dodanie nowego ust. 2a w następującym brzmieniu lub równoważnym:
„Ograniczenie zakresu zamówienia, o którym mowa powyżej w ust. 2a, nie może skutkować zmniejszeniem łącznej wartości brutto usług, stanowiących przedmiot umowy, do wartości niższej, niż 90% kwoty, o której mowa w § 18 ust. 1.”

2.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr 2 – projektowane postanowienia umowy w § 27 ust. 7 pkt 2 zawarł następującą klauzulę umowną:

7. Wezwanie, o którym mowa w ust. 6, zawiera:

(...)

2) szczegółowe wyliczenia całkowitej kwoty, o jaką wynagrodzenie powinno ulec zmianie a w przypadku zmiany, o której mowa w ust. 4 pkt 2-4 wyliczenie powinno być poświadczone przez biegłego rewidenta lub głównego księgowego;

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że wymóg, by szczegółowe wyliczenie kwoty, o którą wnioskuje wykonawca w ramach waloryzacji, było poświadczone przez biegłego rewidenta lub głównego księgowego stanowi warunek nadmierny i nieracjonalny na gruncie przepisu art. 99 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Warunek będzie skutkować dla Zamawiającego dodatkowymi kosztami związanymi z doliczeniem przez Wykonawcę kosztów pracy rewidenta/księgowego w kalkulacji ceny oferty.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o usunięcie postanowienia § 27 ust. 7 pkt 2 umowy.

3.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr 2 – projektowane postanowienia umowy w § 29 ust. 1 – 4 zawarł następujące klauzule umowne:

*1. Zgodnie z treścią art. 439 ust. 2 pkt 2 lit a ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający przewiduje możliwość **jednorazowej** indeksacji wynagrodzenia należnego wykonawcy w formie aneksu do umowy, w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia przez wykonawcę, z zastrzeżeniem, że:*

1) poziom indeksacji wynagrodzenia należnego wykonawcy zostanie ustalony na podstawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem określonym w Komunikacie Prezesa GUS, ustalonym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” w styczniu 2025 roku (wskaźnikiem za rok 2024);

2) indeksacja wynagrodzenia dotyczyć będzie:

a) kosztów określonych w kolumnie 10, 11 i 12 Kosztorysu Ofertowego, za wyłączeniem kosztów zatrudnienia osób sprzątających na umowę o pracę określonych w kolumnie 8-9 Kosztorysu Ofertowego, które podlegają waloryzacji w oparciu o przesłanki określone w § 27 ust. 4 -14,

b) wynagrodzenia należnego wykonawcy od 01.01.2025 r. do końca trwania umowy.

2. Po ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” wskaźnika, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, uprawniającego strony umowy do indeksacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, wykonawca złoży zamawiającemu stosowny wniosek w sprawie indeksacji wynagrodzenia wraz z wyliczeniem na podstawie którego zostanie określone całkowite wynagrodzenie wykonawcy po indeksacji.

3. Aneks do umowy dotyczący indeksacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, powinien zostać zawarty przez strony umowy w terminie 14 dni od daty przedłożenia zamawiającemu wniosku o którym mowa w ust. 2, z mocą obowiązującą od 01.01.2025 r.

4. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza zamawiający z tytułu indeksacji wynagrodzenia określa się do wartości 105% wynagrodzenia określonego w § 18 ust. 1.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych zaniechał prawidłowego opisanie w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy w zakresie wskazania realistycznego wzrostu poziomu wskaźnika.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w ust. 1 wprowadził możliwość wyłącznie jednorazowej indeksacji wynagrodzenia Wykonawcy. Taki warunek jest bardzo niekorzystny dla Wykonawcy. Z uwagi na okres obowiązywania umowy - Wykonawca winien mieć zagwarantowaną możliwość złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia nie tylko w styczniu 2025r., ale także w styczniu 2026r, gdyż umowa będzie świadczona przez prawie 29 miesięcy.

Nadto, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że Zamawiający w ust. 4 ustanowił zbyt niski próg procentowy maksymalnej zmiany wartości wynagrodzenia umownego tj. 105% wynagrodzenia.

W ocenie Odwołującego należy ten próg procentowy zmiany kosztów ustalić na racjonalnym poziomie co najmniej 15%.

Odwołujący podnosi, 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.

Zgodnie z art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

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.

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.

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 konkretnym roku, niejako gwarantuje sobie stawki świadczenia usług po cenach z tegoż roku, bez uwzględnienia w kolejnych latach obowiązywania umowy 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 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, zgodne 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

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;

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

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 PZP⁵.

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.

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.

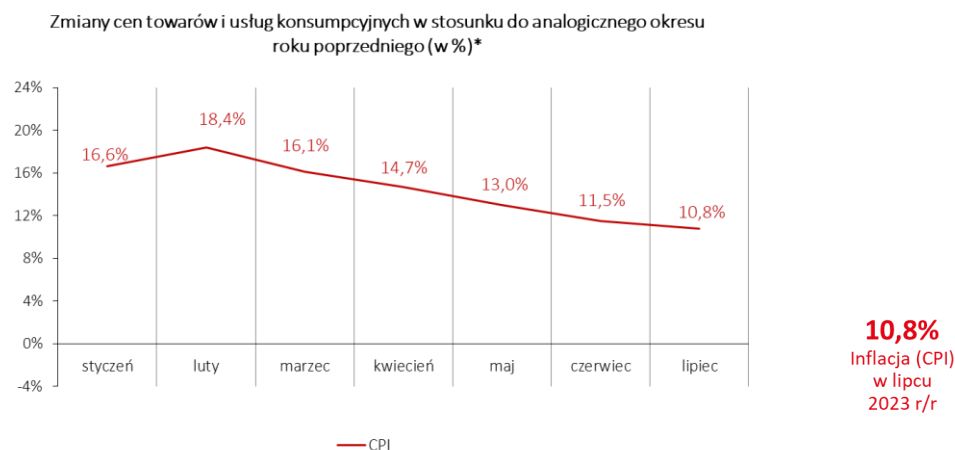
Odwołujący podnosi, że ostatnie lata dla polskich przedsiębiorstw były ogromnym wyzwaniem – pandemia, wybuch wojny w Ukrainie, wysoka inflacja, przerwane łańcuchy dostaw i niestabilna sytuacja gospodarcza.

W szczególności lata 2022-2023 w Polsce to okres rosnącej inflacji, spowolnienia gospodarczego i niepewności geopolitycznej. Dla 77% przedsiębiorców największym wyzwaniem ostatnich lat była inflacja, z czego 44% oceniło jej wpływ jako „bardzo duży”. Na drugim miejscu wśród najczęściej wspomnianych wyzwań był wzrost kosztów pracy – ich wpływ odczuło 70% firm. Ten sam odsetek badanych wskazał również na koszty paliw jako kluczowy czynnik wpływający na kondycję ich przedsiębiorstwa.

	CPI	Wskaźniki inflacji bazowej			
		po wyłączeniu cen administrowanych	po wyłączeniu cen najbardziej zmiennych	po wyłączeniu cen żywności i energii	15% średnia obciąża
poprzedni rok = 100					
2020	103,4	102,5	103,2	103,9	103,2
2021	105,1	104,7	103,8	104,1	103,9
2022	114,4	114,5	111,4	109,1	110,9

Źródło: obliczenia NBP na podstawie danych GUS

Dane zawarte w tabeli powyżej wskazują na istotny wzrost inflacji w roku 2022 – gdzie wyniosła ona 14,4% rok do roku.



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

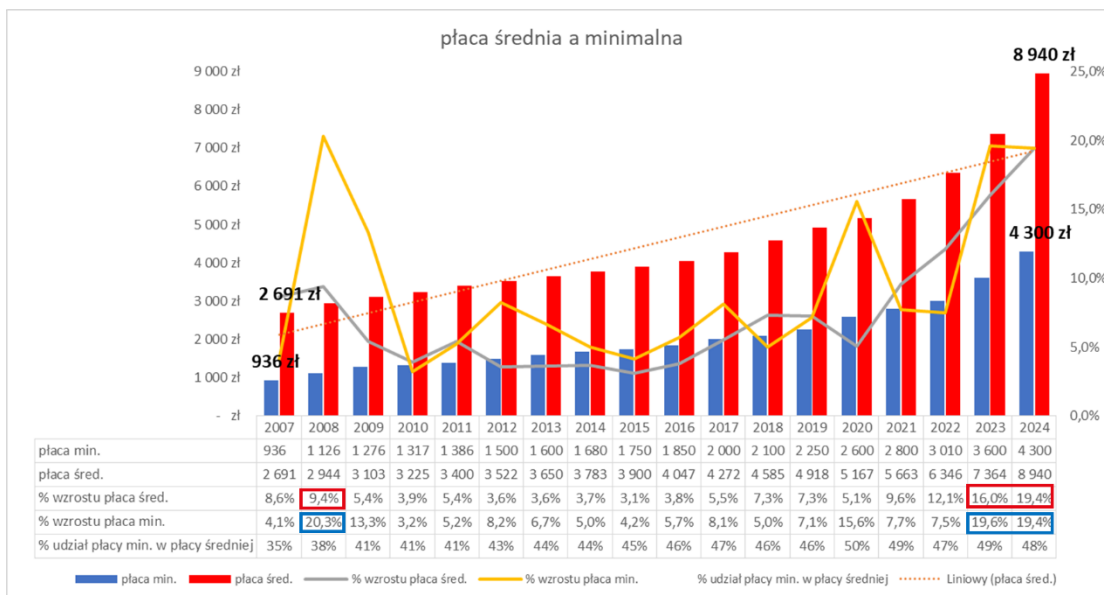
W 2023 r. inflacja nadal utrzymuje się na bardzo wysokim poziomie – gdzie w lipcu wyniosła 10,8% w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego - który był rokiem rekordowej inflacji.

Gwałtowny wzrost inflacji, największy od 21 lat, przekłada się na zwiększenie ponoszonych kosztów prowadzonej przez nas działalności gospodarczej. Koszty prowadzenia biznesu wzrastają w sposób skokowy. Obserwujemy gwałtowny wzrost kosztów pośrednich. Na skutek rosnących stóp procentowych, wzrastają także koszty obsługi finansowej.

Ta niekorzystna sytuacja dotyczy w szczególności firm z branż tzw. „usług prostych” opartych głównie na pracy pracowników z wynagrodzeniami zbliżonymi do płacy minimalnej.

W przypadku Grupy Kapitałowej Impel - usługi sprzątnięcia oraz ochrony generują ok. 70% całkowitych przychodów – tak więc te grupy produktowe mają decydujący wpływ na efektywność całej Grupy.

Jeśli chodzi o strukturę kosztów bezpośrednich tych usług, to główną grupą kosztów są wynagrodzenia z narzutami – które stanowią ponad 80% w przypadku usług sprzątnięcia. Pozostałe koszty bezpośrednio to głównie materiały chemiczne, higieniczne, transport oraz czynniki energetyczne (gaz, energia elektryczna). Realizacja wprowadzanych zmian legislacyjnych dot. zmiany minimalnego wynagrodzenia, który zgodnie z literą prawa nastąpił w roku 2023 aż dwukrotnie, docelowo do kwoty 3.600 zł, co spowodowało wzrost tych kosztów o ponad 19%. Powoduje to również analogiczną presję płacową na pozostałej części funduszu wynagrodzeń.



Na rok 2024 przewidziane są kolejne zmiany minimalnego wynagrodzenia – od stycznia 2024r. do kwoty 4.242 zł. a od lipca 2024 do kwoty 4.300 zł. - czyli o kolejne 19,5%. Płaca minimalna która ma obowiązywać od lipca 2024 r. będzie wyższa od tego wynagrodzenia z roku 2020 o 1.500 zł. czyli wzrost wyniesie 54% - a jak wspomniano wcześniej w naszych głównych usługach koszty wynagrodzeń wynoszą od 80% do 90% kosztów bezpośrednich. Ta sytuacja wskazuje na konieczność waloryzowania wynagrodzeń wykonawcy na poziomie pozwalającym nie tylko na pokrycie rosnących kosztów, ale co najmniej na poziomie pozwalającym na utrzymanie rentowności biznesu.

Analitycy przewidują kolejne podwyżki a rosnące ceny są zupełnie od nas niezależne. Podkreślają to także jednostki rządowe, np. Prokuratoria Generalna, czyli jednostka organizacyjna powołana do zapewniania ochrony prawnej interesów Rzeczypospolitej Polskiej.

Poniżej przytaczamy główne punkty tej rekomendacji.

„Prokuratoria Generalna rozumie waloryzację wynagrodzenia jako urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy. Wobec ryzyka występowania zjawisk trudnych lub nawet niemożliwych do przewidzenia na etapie zawierania umowy, a mających przemożny wpływ na procesy gospodarcze (np. konflikt zbrojny, pandemia), stosowanie mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia jest w wielu przypadkach uzasadnione, a wręcz konieczne.”

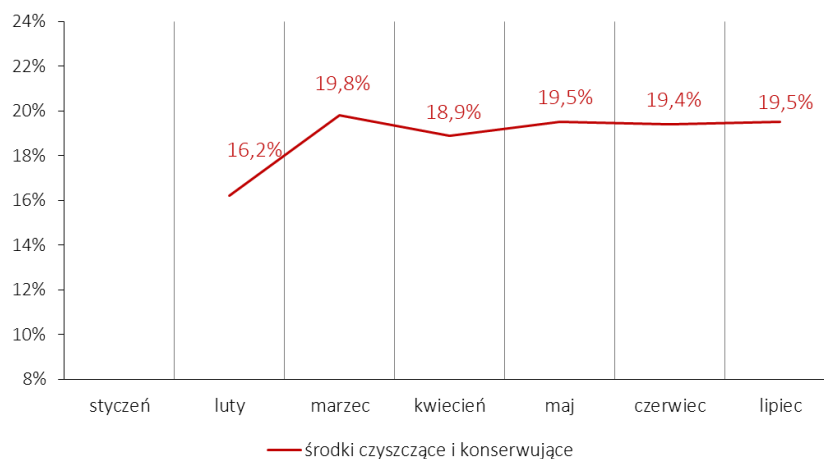
Podkreśla dalej, że „niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy.”

Wysoka inflacja bardzo niekorzystnie przekłada się na kondycję finansową naszego przedsiębiorstwa a spadająca rentowność biznesu nie tylko zmniejsza nasze możliwości rozwojowe, ale wręcz stwarza zagrożenia dla sprawnego funkcjonowania.

Z roku na rok utrzymanie biznesu związanego z prowadzeniem prac porządkowych czy usług ochrony jest trudniejsze. Droższa chemia i akcesoria do sprzątanania, wzrost cen czynników energetycznych, transportu, ale też wzrost kosztów pośrednich.



Zmiany cen środków czyszczących i konserwujących w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego (w %)*



Poniżej w tabeli przedstawione są dane za okres I-szy kwartał 2022 – II-gi kwartał 2023 dla usług porządkowo czystościowych

Robocizna	Lokalizacja (najem)	Transport	Materiały higieniczne	Materiały chemiczne	Materiały spożywcze	Worki foliowe	Inne	RAZEM
88,4%	0,7%	0,7%	2,8%	0,8%	0,0%	0,0%	6,5%	100,0%
16%	22%	10%	55%	12%	38%	37%	22%	117,4%

Dane wskazują że koszty bezpośrednie w omawianym okresie wzrosły - największy wzrost procentowy dotyczył materiałów higienicznych – o 55% , worki foliowe o 37% natomiast robocizna – udział to 88,4% - koszty wzrosły o 16% .

Łącznie koszty bezpośrednie wzrosły o 17,4% .

Podsumowując - Kluczowe czynniki ekonomiczne:

- systematyczne podwyżki płacy minimalnej i stawki godzinowej (presja płacowa)
- niska stopa bezrobocia i ograniczona dostępność kandydatów do pracy
- obciążenia wynikające z nowo wprowadzanych przepisów
- trudna sytuacja rynkowa wynikająca z wysokiej inflacji
- wzrost kosztów zakupu środków i artykułów niezbędnych do realizacji usług
- ograniczona dostępność sprzętu ochronnego spowodowane wojną na Ukrainie
- znaczne podwyżki cen paliw, energii elektrycznej, gazu

Czynniki te są obiektywnymi przesłankami, które determinują konieczność waloryzacji wynagrodzeń wykonawcy – na takim poziomie, który zapewni zachowanie zdolności do efektywnego funkcjonowania na rynku.

ŻADANIE

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 29 projektu umowy zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

*1. Zgodnie z treścią art. 439 ust. 2 pkt 2 lit a ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający przewiduje możliwość **dwukrotnej** indeksacji wynagrodzenia należnego wykonawcy w formie aneksu do umowy, w przypadku zmiany kosztów związanych z realizacją zamówienia przez wykonawcę, z zastrzeżeniem, że:*

1) poziom indeksacji wynagrodzenia należnego wykonawcy zostanie ustalony na podstawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem określonym w Komunikacie Prezesa GUS, ustalonym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” w styczniu 2025 roku (wskaźnikiem za rok 2024) oraz w styczniu 2026 roku (wskaźnikiem za rok 2025);

2) indeksacja wynagrodzenia dotyczyć będzie:

*a) kosztów określonych w kolumnie **10, 11 i 12** Kosztorysu Ofertowego, za wyłączeniem kosztów zatrudnienia osób sprzątających na umowę o pracę określonych w kolumnie **8-9** Kosztorysu Ofertowego, które podlegają waloryzacji w oparciu o przesłanki określone w § 27 ust. 4 -14,*

*b) wynagrodzenia należnego wykonawcy **od 01.01.2025 r. do 31.12.2025 r. oraz od 01.01.2026 r. do końca trwania umowy.***

2. Po ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” wskaźnika, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, uprawniającego strony umowy do indeksacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, wykonawca złoży zamawiającemu stosowny wniosek w sprawie indeksacji wynagrodzenia wraz z wyliczeniem na podstawie którego zostanie określone całkowite wynagrodzenie wykonawcy po indeksacji.

*3. Aneks do umowy dotyczący indeksacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, powinien zostać zawarty przez strony umowy w terminie 14 dni od daty przedłożenia zamawiającemu wniosku o którym mowa w ust. 2, z mocą obowiązującą **odpowiednio od 01.01.2025 r. oraz od 01.01.2026 r.***

*4. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza zamawiający z tytułu indeksacji wynagrodzenia określa się do wartości **115%** wynagrodzenia określonego w § 18 ust. 1.*

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.