

Wrocław, dnia 29 lipca 2022 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa

Odwołujący:

Impel S.A.

ul. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000004185

NIP: 8990106769

Numer telefonu: 510 011 787

Adres poczty elektronicznej: d.wojciak@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Daria Wójciak

Zamawiający:

Port Lotniczy Poznań-Ławica Sp. z o.o.

ul. Bukowska 285; 60-189 Poznań

amikrut@airport-poznan.com.pl; <https://www.airport-poznan.com.pl>

tel.: +48 618492247

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. „Usługi sprzątania terminali T2, T3 i Cargo oraz mycie przeszkleń (opcja) w Terminalach T1, T2, T3, Cargo i STRAŻNICZY LSRG w okresie 36 miesięcy na terenie Portu Lotniczego Poznań-Ławica”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia **2022/S 140-401840** z dnia 22 lipca 2022r.

Usługi sprzątania terminali T2, T3 i Cargo oraz mycie przeszkleń (opcja) w Terminalach T1, T2, T3, Cargo i STRAŻNICZY LSRG w okresie 36 miesięcy na terenie Portu Lotniczego Poznań-Ławica.

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 tj. 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 22 lipca 2022 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w załączniku nr 5 do SWZ – projekt umowy (por. postanowienie § 11 ust. 4) wskazał, że:

„Każda ze Stron jest uprawniona do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy gdy roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS za poprzedni rok kalendarzowy wzrośnie/spadnie co najmniej 5 % w stosunku do wysokości tego wskaźnika w roku zawarcia umowy. Waloryzacja wynagrodzenia dopuszczalna jest raz w roku, jednakże pierwsza nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W przypadku wzrostu/spadku wskaźnika, o którym mowa powyżej, waloryzacja będzie polegała na wzroście/obniżeniu wynagrodzenia o 1 %.”

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 zasady, że wynagrodzenie będzie waloryzowane dopiero po 12 miesiącach i to zaledwie o 1% wynagrodzenia - narusza istotę przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych. 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 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 spreczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 pzp nie powinny mieć racji bytu.

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

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. 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

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

nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”⁴ oraz że „przepis art. 431 PZP zawiera zasadę współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego przy jej wykonaniu w celu należytej realizacji zamówienia. Jak wynika z uzasadnienia do PZP, ustawodawca dostrzegł potrzebę wzmocnienia regulacji dotyczących wykonywania umowy, uznając, że należyte wykonanie zamówienia publicznego zależy od współdziałania obu stron umowy z poszanowaniem wzajemnych interesów (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 83). Nakaz współdziałania stron przy wykonywaniu umowy realizuje tym samym generalną zasadę równoważenia pozycji wykonawcy i zamawiającego, wpisaną w szereg przepisów działu VII PZP”⁵.

Konkludując, Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek 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 § 11 ust. 4 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.
- 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;

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;

- 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.