

Wrocław, dnia 16 grudnia 2024 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa

Odwolujący:

Impel S.A.

ul. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław

KRS: 0000004185

NIP: 8990106769

Numer telefonu: 668188049

Adres poczty elektronicznej: b1.urban@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Barbara Urban

Zamawiający:

2. Wojskowy Oddział Gospodarczy

ul. Obornicka 100-102

50-984 Wrocław

adres email: 2wog.zamowieniapubliczne@ron.mil.pl

tel.: 261 656 245, 261 656 246

adres strony internetowej: www.2wog.wp.mil.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023, poz. 1605 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sprzątanie terenów zewnętrznych oraz utrzymanie i pielęgnacja terenów zielonych - SOI Kłodzko”

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr publikacji ogłoszenia 742692-2024 z dnia 05 grudnia 2024 r.

Sprzątanie terenów zewnętrznych oraz utrzymanie i pielęgnacja terenów zielonych - SOI Kłodzko.

Wewnętrzny identyfikator: INFR/660/2024

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. 436 pkt. 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,
- 2) 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, a także brak zapisów dotyczących:
 - określenia początkowego termin ustalenia zmiany wynagrodzenia,
 - określenia terminu, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie,
 - określenia zasad w oparciu o które zostanie zmienione wynagrodzenie Wykonawcy, a taki obowiązek po stronie Zamawiającego został wprost zapisany w art. 439 Ustawy.

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 05 grudnia 2024 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad. 1

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w treści Załącznika nr 4 do SWZ – projekt umowy – w sposób nieprawidłowy sformułował zapisy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy określone w art. 436 pkt. 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych (dalej również: „Ustawa”). Nieprawidłowości, w ocenie Odwołującego, polegają na braku wskazania iż zmiana wynagrodzenie będzie obejmować okres od dnia wejścia w życie przepisów zmieniających wysokość stawki podatku VAT, wysokość minimalnego wynagrodzenia lub stawki godzinowej, zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasady gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Zamawiający co prawda wskazał w treści projektu umowy, iż ma ona zostać zawarta na okres 12 miesięcy, ale jednocześnie przewidział możliwość przedłużenia umowy na okres obejmujący kolejne 12 miesięcy.

Par. 2 ust. 2 projektu umowy:

„Zamawiający przewiduje możliwość przedłużenia umowy na kolejne 12 miesięcy jako zamówienie opcjonalne.”

Mając na względzie powyższy zapis można przyjąć, iż Zamawiający przewiduje realizację umowy przez okres 24 miesięcy. W tym miejscu Odwołujący wyjaśnia, iż swoje stanowisko oraz twierdzenia opiera na doświadczeniach płynących z aktualnie realizowanej analogicznej usługi na rzecz Zamawiającego. W aktualnie obowiązującej umowie Zamawiający również zawarł takie zapisy i skorzystał z prawa opcji. Jest to powtarzająca się praktyka po stronie Zamawiającego. W ocenie odwołującego tego typu formułowanie zapisów zmierza do obejścia art. 436 pkt. 4 b) Ustawy. Intencją Zamawiającego jest korzystanie z usługi świadczonej przez Wykonawcę przez okres 24 miesięcy, co wiązałoby się z obowiązkiem wprowadzenia zapisów, o których mowa w art. 436 pkt. 4 b) Ustawy. W przypadku umów na okres 12 miesięcy takiego wymogu nie ma, a zapisy ewentualnie wprowadzane przez zamawiających nie dają podstaw do zaskarżenia. W sytuacji w której prawie pewnym jest fakt skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, takie zapisy należy uznać za próbę obejścia prawa. Poprzez takie sformułowanie zapisów w projekcie umowy, w przypadku skorzystania z prawa opcji, Wykonawca nie

otrzyma waloryzacji za okres pierwszego kwartału 2025 r. Jeżeli umowa zostałaby podpisana na okres 24 miesięcy, zgodnie z prawdziwymi oczekiwaniami Zamawiającego, to Wykonawca musiałby otrzymać waloryzację również za I kwartał 2025 r.

Naruszenie art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy przez Zamawiającego polega również na niewskazaniu w projektowanych postanowieniach umownych, iż Zamawiający zobowiązuje się dokonać waloryzacji począwszy od dnia wejścia w życie zmiany przepisów powodujących zmianę podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego w oparciu o odpowiednią ustawę oraz w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne oraz w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.

Zgodnie z Komentarzem do Zamówień Publicznych z 2021r. wydanym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, art. 436 pkt 4 lit. b) wskazuje, iż stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych, wysokość wpłat do pracowniczych planów kapitałowych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

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

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)

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

Wskazać należy, że wymienione w art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych przesłanki waloryzacyjne są również regulowane przez odpowiednie akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem

wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

W rezultacie wynagrodzenie Wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa oraz powinna zostać przeprowadzona w terminie, w którym zmienione przepisy weszły w życie. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa (por. nadal aktualna teza z wyroku KIO sygn. akt 346/15 z dnia 09 marca 2015r.). Wykonawca zaś obowiązany jest do wykazania w stosownej kalkulacji zawartej we wniosku waloryzacyjnym wpływu zmiany wskazanych regulacji na koszty wykonania zamówienia.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany par. 14 ust. 4 projektu umowy i nadanie mu następującej treści:

„4. W przypadku gdy termin trwania umowy przekroczy 12 miesięcy Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- a) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,*
- b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, (Dz.U.2020.2207, t.j., wraz z późn. zm.)*
- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,*
- d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 z późn. zm.)*

*- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. **Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 4.**”*

Ad.2

W ocenie Odwołującego postanowienia projektu umowy naruszają przepis art. 439 Ustawy.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr 4 – projekt umowy w § 14 ust. 6 zawarł następujące klauzule umowne:

„6. Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów na podstawie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli czas trwania umowy przekroczy 6 miesięcy.

6.1 Wykonawca uprawniony jest do wystąpienia z jednorazowym wnioskiem o zmianę umowy w sytuacji, gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w komunikacie opublikowanym

przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w II półroczu 2025 danego roku w stosunku do I półroczu 2025 uległ zmianie o minimum 10%.

6.2 Wykonawca składając wniosek o zmianę wynagrodzenia jest zobowiązany wykazać rzeczywisty wpływ zmiany wskaźnika zmiany cen ogłoszonego przez Prezesa GUS na zwiększenie kosztów realizacji umowy przedstawiając szczegółowe wyliczenia i zależności pomiędzy zmianą ceny materiałów i kosztów a ceną wykonania przedmiotu umowy.

6.3 Obowiązek wykazania zmiany cen materiałów i kosztów na cenę wykonania zamówienia należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany umowy przez Zamawiającego.

6.4 Zamawiający w ciągu 14 dni od daty wpływu wniosku dokona oceny wniosku i przedstawionych dowodów. Po dokonaniu pozytywnej oceny złożonego wniosku Strony przystąpią do negocjacji w zakresie zmiany wynagrodzenia brutto.

6.5 Podstawą zmiany wynagrodzenia brutto jest podpisanie aneksu do umowy.

6.6 Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień ujętych w niniejszym paragrafie wynosi 10 % wartości umowy brutto, o którym mowa w §9 ust. 1 umowy.

6.7 Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione na podstawie niniejszego paragrafu zobowiązuje się zmienić wynagrodzenie podwykonawcy, z którym zawarł umowę w celu realizacji przedmiotu umowy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów i kosztów dotyczących zobowiązania Podwykonawcy.”

Przywołany zapis z projektu umowy w ocenie Odwołującego w następujący sposób narusza wymogi określone w art. 439 Ustawy:

- brak określenie początkowego termin ustalenia zmiany wynagrodzenia
- brak określenia terminu, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie;
- brak określenie zasad w oparciu o które zostanie zmienione wynagrodzenie Wykonawcy, a taki obowiązek po stronie Zamawiającego został wprost zapisany w art. 439 Ustawy,
- nieprawidłowe sformułowanie zapisów dotyczących poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany 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.

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. Zamawiający powinien przyjąć wskaźnik, który będzie najbardziej odpowiedni z uwagi na okres obowiązywania umowy.

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 pragnie zwrócić uwagę, na fakt iż Zamawiający przewidział tylko jedną możliwość waloryzacji, nawet w przypadku skorzystania z prawa opcji i przedłużenia okresu obowiązywania umowy na kolejne 12 miesięcy. Takie uregulowanie prowadzi do zaburzenia równowagi ekonomicznej między stronami umowy. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był umieścić w projekcie umowy zapisy dopuszczające możliwość waloryzacji w przypadku przedłużenia okresu obowiązywania umowy na kolejne 12 miesięcy. W przeciwnym razie Wykonawca nie jest w stanie odpowiednio oszacować ryzyka ekonomicznego związanego z realizacją przedmiotu umowy.

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.

Zamawiający powinien formułować zapisy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia w sposób precyzyjny, aby Wykonawca mógł ocenić w jakim zakresie będą one zabezpieczać jego interes ekonomiczny.

Zamawiający w par. 14 ust. 6 pkt 6.1 projektu umowy zawarł następujący zapis:

„Wykonawca uprawniony jest do wystąpienia z jednorazowym wnioskiem o zmianę umowy w sytuacji, gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w komunikacie opublikowanym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w II półroczu 2025 danego roku w stosunku do I półrocza 2025 uległ zmianie o minimum 10%.”

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający nie określił w jednoznaczny sposób kiedy można wystąpić z pierwszym wnioskiem o waloryzację. W par. 14 ust. 6 zapisano jedynie:

„6. Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów na podstawie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli czas trwania umowy przekroczy 6 miesięcy.”

Zamawiający umieścił w projekcie umowy zapis o charakterze warunkowym, ale nie sprecyzował kiedy Wykonawca może wystąpić z pierwszym wnioskiem waloryzacyjnym. Zgodnie z art. 439 Ustawy umieszczenie takiego zapisu jest obowiązkowe.

Ponadto w treści par. 14 ust. 6 pkt 6.1 projektu umowy Zamawiający w sposób nieprecyzyjny określił poziom zmiany ceny uprawniający strony do wystąpienia z wnioskiem waloryzacyjnym. Zamawiający pisze o możliwości wystąpienia z wnioskiem *„gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w komunikacie opublikowanym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w II półroczu 2025 danego roku w stosunku do I półrocza 2025 uległ zmianie o minimum 10%”* Wątpliwości może budzić kwestia, za które okresy wskaźniki ma na myśli Zamawiający. W II półroczu 2025 r. zostanie opublikowany wskaźnik za I półrocze 2025 r. Dalsza treść analizowanego zapisu sugeruje, że chodzi o zestawienie wskaźników za I i II półrocze 2025r., co nie wynika jednoznacznie z treści zapisu projektu umowy. Zamawiający w tym zakresie powinien formułować zapisy umowy w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Przyjmując, że chodzi o zestawienie wskaźników za I i II półrocze 2025 r., to Wykonawca mógłby wystąpić z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia dopiero w 2026 r. Przyjmując, że umowa trwałaby tylko 12 miesięcy, to Odwołujący w zasadzie pozbawiony by został możliwości uzyskania waloryzacji. W ocenie Odwołującego te zapisy powinny zostać zmienione w taki sposób aby dawały realną szansę uzyskania waloryzacji wynagrodzenia.

Ponadto przyjęty przez Zamawiającego poziom zmiany w wysokości 10% został określony w sposób nie odzwierciedlający aktualnych realiów gospodarczych. Przyjęty przez Zamawiającego poziom zmiany w wysokości 10% jest zbyt wysoki i może uniemożliwić Wykonawcy skuteczne skorzystanie z waloryzacji wynagrodzenia. Zamawiający ustalając zasady od których zależy możliwość waloryzacji powinien brać pod uwagę aktualną sytuację i publikowane wskaźniki, do których się odwołuje. W przeciwnym razie zapisy waloryzacyjne będą tylko pozorne i w żadnym stopniu nie będą spełniać swojej roli.

Zgodnie z art. 439 Ustawy, w przypadku umów, zawieranych na okres dłuższy, niż 6 miesięcy, muszą one zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia

należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Umowa musi określać:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Analizowane zapisy projektu umowy nie zawierają:

- określenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia,
- określenia terminu, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie,
- określenia zasad w oparciu o które zostanie zmienione wynagrodzenie Wykonawcy, a taki obowiązek po stronie Zamawiającego został wprost zapisany w art. 439 Ustawy.

Wskazane powyżej brak stanowią istotne naruszenie wymogów określonych w art. 439 Ustawy. Brak tych zapisów może postawić pod znakiem zapytania możliwość uzyskania waloryzacji przez Odwołującego.

Należy także zwrócić uwagę na poglądy doktryny, zgodnie z którymi „jednym z celów nowej ustawy było wprowadzenie uregulowań prowadzących do zrównoważenia praw i obowiązków stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego. Cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych. W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego - w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych. „Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez

rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”¹ 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”.²

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 ceny materiałów lub kosztów w stosunku do cen, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę § 14 ust. 6 projektu umowy w zakresie postanowień zgodnych z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. klauzuli, na podstawie której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, poprzez nadanie § 14 ust. 6 następującego brzmienia:

„6. *Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów na podstawie art. 439 ust. 1 ustawy Pzp. **Zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.***

6.1 Wykonawca uprawniony jest do wystąpienia z wnioskiem o zmianę umowy w sytuacji, gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w komunikacie opublikowanym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za I półrocze 2025 r. w stosunku do II półrocza 2024 uległ zmianie o minimum 3 %. W przypadku gdy termin trwania umowy przekroczy 12 miesięcy Wykonawca może wystąpić z kolejnym wnioskiem po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sytuacji, gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w komunikacie opublikowanym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za I półrocze 2026 r. w stosunku do II półrocza 2025 uległ zmianie o minimum 3 %.

¹ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 431;

² Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021;

6.2 Wykonawca składając wniosek o zmianę wynagrodzenia jest zobowiązany wykazać rzeczywisty wpływ zmiany wskaźnika zmiany cen ogłoszonego przez Prezesa GUS na zwiększenie kosztów realizacji umowy przedstawiając szczegółowe wyliczenia i zależności pomiędzy zmianą ceny materiałów i kosztów a ceną wykonania przedmiotu umowy.

6.3 Obowiązek wykazania zmiany cen materiałów i kosztów na cenę wykonania zamówienia należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany umowy przez Zamawiającego.

6.4 Zamawiający w ciągu 14 dni od daty wpływu wniosku dokona oceny wniosku i przedstawionych dowodów. **Zmiany wynagrodzenia dokonywane będą w oparciu o półroczne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.**

6.5 Podstawą zmiany wynagrodzenia brutto jest podpisanie aneksu do umowy. **Zmiana wynagrodzenie będzie obowiązywać od miesiąca następującego po miesiącu, w którym został złożony wniosek o zmianę wynagrodzenia.**

6.6 Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień ujętych w niniejszym paragrafie wynosi 10 % wartości umowy brutto, o którym mowa w §9 ust. 1 umowy.

6.7 Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione na podstawie niniejszego paragrafu zobowiązuje się zmienić wynagrodzenie podwykonawcy, z którym zawarł umowę w celu realizacji przedmiotu umowy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów i kosztów dotyczących zobowiązania Podwykonawcy.”

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.