

Wrocław, dnia 1 kwietnia 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02– 676 Warszawa

Odwołujący:

Impel System Sp. z o. o.
ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław
KRS: 0000127540
NIP: 8971613637
numer telefonu:
510 015 984
adres poczty elektronicznej:
j.filipiak@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko):
Joanna Filipiak

Zamawiający:

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1; 00 – 950 Warszawa
NIP: 5261009497
tel.: 22 556 01 29
strona internetowa:
www.uokik.gov.pl
adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:
platformazakupowa.pl/pn/uokik
poczta elektroniczna zamawiającego:
zamowienia@uokik.gov.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Usługa stałego utrzymania w czystości pomieszczeń biurowych i pomocniczych oraz terenu wokół budynku Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wraz z zapewnieniem środków czystości*. (znak postępowania: BBA-2.262.5.2021).

- I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):
 1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 057-144117 w dniu 23.03 2021 r..
 2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Usługa stałego utrzymania w czystości pomieszczeń biurowych i pomocniczych oraz terenu wokół budynku Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wraz z zapewnieniem środków czystości*. Numer referencyjny: BBA-2.262.5.2021.
- 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. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny (*dalej k.c.*) oraz art. 431 Ustawy poprzez wadliwe ustalenie w § 7 ust. 1 pkt 5 lit a) i b) projektu umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tj. ustalenie treści klauzuli waloryzacyjnej, która wyklucza aktualizację wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów na usługi;
- 2) przepisów art. art. 436 pkt 2, art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) k.c. poprzez ustalenie w § 5 ust. 8 i 11 projektu umowy niejednoznacznych, nieprecyzyjnych, niedookreślonych zasad i warunków zapłaty wynagrodzenia, w przypadku niepełnego miesiąca wykonywania usług lub gdy w danym miesiącu wystąpi wyłączenie/włączenie części danego rodzaju powierzchni;
- 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) k.c. w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez ustanowienie w treści § 8 ust. 12 projektu umowy maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości odpowiadającej 30% wartości wynagrodzenia brutto;
- 4) przepisów art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 750, art. 446 § 2 i 3 k.c. oraz art. 58 k.c. poprzez ustanowienie w treści § 8 ust. 8 projektu umowy niejednoznacznych, nieprecyzyjnych, niedookreślonych okoliczności stanowiących podstawę nałożenia na wykonawcę kar umownych, skutkujących naliczeniem kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę oraz z ważnego powodu, tj. ustalenie okoliczności uzasadniających nałożenie kar umownych w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, sprzecznych z ustawą lub mających na celu obejście ustawy oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 5) przepisów art. 455 ust. 1 pkt 1 oraz art. 8, art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16, art. 17 Ustawy poprzez ustanowienie w treści § 7 ust. 12 projektu umowy postanowienia umożliwiającego dowolną zmianę postanowień umowy w stosunku do treści wybranej oferty, podczas, gdy inna, niż nieistotna zmiana umowy, nie może skutkować modyfikacją ogólnego charakteru umowy i wymaga sformułowania jasnych, precyzyjnych oraz jednoznacznych postanowień umownych, określających jednocześnie rodzaj i zakres zmian oraz warunki ich wprowadzenia.

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) w zakresie zarzutu dotyczącego waloryzacji - wprowadzenie do treści SWZ 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 tj:

§ 7

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 -5 umowy, w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku wystąpienia jednej z następujących okoliczności:

- 5) *zmiany cen materiałów, w tym w szczególności środków czystości, związanych z realizacją przedmiotu umowy lub kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie, otrzymujących wyższe, niż minimalne wynagrodzenia za pracę albo wyższe, niż minimalna stawka godzinowa, ustalona na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, z tym zastrzeżeniem, że:*

a) minimalny poziom zmiany:

- i. *ceny materiałów, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosi 3% w stosunku do cen, za które Wykonawca nabył ww. materiały w celu realizacji postanowień umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy w terminie niż dłuższym niż 14 dni od jej podpisania, przedstawi wykaz materiałów wraz z cenami nabycia oraz dokumentami potwierdzającymi przedstawione ceny.*
 - ii. *kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie, otrzymujących wyższe, niż minimalne wynagrodzenia za pracę albo wyższe, niż minimalna stawka godzinowa, ustalona na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 9% w stosunku do kosztów zatrudniania, które Wykonawca ponosił w celu realizacji umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy, w terminie niż dłuższym niż 14 dni od jej podpisania, przedstawi wykaz kosztów zatrudniania ww. osób wraz z dokumentami potwierdzającymi przedstawione koszty tj. umowy o pracę, zabezpieczone zgodnie z wymogami RODO.*
- b) *poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub środków, niezbędnych do realizacji zamówienia i przedstawionych w wykazie, o którym mowa w pkt. 5 lit. a) ppkt. i, ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego pn. „Ceny detaliczne - Wskaźniki cen towarów i usług niekonsumpcyjnych – rocznie”,*
 - c) *wynagrodzenie ulegnie zmianie najwcześniej po 12 miesiącach obowiązywania umowy,*
 - d) *maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający, to łącznie 2% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1 Umowy*
- na zasadach i w sposób określony w ust. 2 - 11, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę.

2) w zakresie zarzutu dotyczącego ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy:

- a) *usunięcie postanowienia § 5 ust. 8 i 11 projektu umowy,*
- b) *ewentualnie wprowadzenie do treści SWZ jednoznacznych i precyzyjnych postanowień dotyczących sposobu obliczenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku niepełnego miesiąca wykonywania usług lub gdy w danym miesiącu wystąpi wyłączenie/włączenie części danego rodzaju powierzchni;*

3) w zakresie dotyczącym maksymalnej wysokości kar umownych: sformułowanie postanowienia § 8 ust. 12 projektu umowy w następujący sposób:

Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć wartości 15 % wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1.

4) w zakresie dotyczącym niedozwolonych postanowień umownych: doprecyzowanie postanowienia par. § 8 ust. 8 projektu umowy w następujący sposób:

W przypadku rozwiązania umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy lub przez Wykonawcę z błahych powodów, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w wysokości:

- a) *10 % wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 3 umowy przez pierwsze 12 miesięcy obowiązywania umowy;*

b) 5% wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 3 umowy po 12-tu pierwszych miesiącach obowiązywania umowy.

- 5) w zakresie dotyczącym zmian umowy: usunięcie postanowienia § 7 ust. 12 projektu umowy;
- 6) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia, będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) - 5) powyżej

oraz z daleko idącej ostrożności, w przypadku upływu terminu składania ofert lub otwarcia ofert przed rozpoznaniem przez KIO niniejszego odwołania – podnoszę, że w postępowaniu został naruszony art. 254 pkt 6 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy, poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem przez Zamawiającego czynności z naruszeniem Ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania i wnoszę o nakazanie unieważnienia postępowania.

Ponadto wnoszę o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i 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. Tym samym, 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 niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1 Ustawy odwołanie wobec czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 23.03.2021 roku opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz udostępnił dokumenty postępowania co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Usługa stałego utrzymania w czystości pomieszczeń biurowych i pomocniczych oraz terenu wokół budynku Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wraz z zapewnieniem środków czystości*. Numer referencyjny: BBA-2.262.5.2021; w trybie przetargu nieograniczonego.

I. WALORYZACJA NA PODSTAWIE ART. 439 USTAWY PZP

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 5 lit. a) i b):

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 - 5 umowy, w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku wystąpienia jednej z następujących okoliczności:

5) zmiany cen materiałów lub środków czystości, związanych z realizacją przedmiotu umowy, z tym zastrzeżeniem, że:

- a) minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 15% w stosunku do cen, za które Wykonawca nabył materiały lub środki w celu realizacji postanowień umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy w terminie niż dłuższym niż 14 dni od podpisania przedstawi wykaz środków i artykułów czystości, artykułów higienicznych wraz z cenami nabycia oraz dokumentami potwierdzającymi przedstawione ceny.*
- b) poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub środków ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, o którym mowa w lit. a;*

Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi: 48 miesięcy (od 01.06.2021 do 31.05.2023 r.).

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, że ww. klauzula, zwiera ograniczenie, które *de facto* zwalnia Zamawiającego z obowiązku partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa o ile zmiana ceny materiału lub kosztu wyniesie co najmniej 15%.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosi również, że ww. klauzula jest wadliwa, gdyż nie odsyła do żadnego konkretnego wskaźnika zmiany ceny materiałów i kosztów. Wskaźnik ten jest niedookreślony, a tym samym wykonawca nie zna zasad, według których nastąpi waloryzacja.

W zakresie wymaganego wzrostu ceny o 15%, uprawniającego wykonawcę do waloryzacji: Odwołujący podnosi, że tak wysoka zmiana ceny ma charakter niezwykle rzadki, incydentalny i z reguły wywołana jest nadzwyczajnymi okolicznościami np. hiperinflacja. Celem art. 438 pzp jest zaś ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji. Tym samym poziom wzrostu ustalony w ww. klauzuli, w ocenie Odwołującego, ze względu na ową nadzwyczajność, powoduje, że ww. klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 pzp, w tym w szczególności z jego celem. Odwołujący podkreśla, że na mocy przywołanego postanowienia umownego, może ubiegać się o waloryzację jeśli cena materiału lub kosztu zwiększy się o 15% względem okresu ofertowania. Tymczasem dla usług niskomargowych, stanowiących przedmiot niniejszego postępowania, już wzrost cen na poziomie 3 % powoduje

ryzyko utraty płynności kontraktowej tj. nadwyżkę kosztów realizacji, skutkującą stratą, której wykonawca nie może zrekompensować ani z założonych rezerw, ani z zysku. Konsekwencją ww. ryzyka jest utrata jakości świadczenia lub odstąpienie wykonawcy od realizacji zamówienia.

W zakresie wymaganego wskaźnika zmiany ceny, stosowanego w mechanizmie waloryzacyjnym

Zamawiający wskazał, że poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub środków, ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Wskaźnik ten nie został w żaden sposób sprecyzowany, nazwany lub w inny sposób zidentyfikowany. Odwołujący wskazuje, że wskaźniki publikowane przez GUS, mogą dotyczyć wielu cen, w tym także wzrostu cen zupełnie niezwiązanych z zamówieniem. Tytułem przykładu, że GUS podaje m.in. informację na temat ww. wskaźnika w rolnictwie, budownictwie, w przemyśle; wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych itd.. na podstawie SWZ, wykonawca nie wie, który ze wskaźników będzie stosowany do zwaloryzowania jego wynagrodzenia.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że:

- 1) Zamawiający stworzył sytuację skrajnej niejednoznaczności, co do sposobu dokonywania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy na etapie realizacji zadania i tym samym uniemożliwił wykonawcom przyjęcie jednolitych założeń dla oceny ryzyka zmiany cen materiałów i usług, które to ryzyko wykonawca musi ująć w cenie oferty;
- 2) niejasna treści klauzuli § 7 ust. 1 pkt 5 lit. b) projektu umowy mogą prowadzić na etapie oferowania do rozbieżnych interpretacji klauzuli przez wykonawców biorących udział w postępowaniu i w konsekwencji powodować dokonanie kalkulacji ofert w oparciu o niejednolicie interpretowane założenia, czyli złożenie w postępowaniu ofert w istocie nieporównywalnych;
- 3) niejasna treści klauzuli § 7 ust. 1 pkt 5 lit. b) projektu umowy może prowadzić do dowolności Zamawiającego w zakresie jej interpretacji i stosowania w toku realizacji zadania, a w konsekwencji - do jednostronnego ustalania przez Zamawiającego wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, co jest prawnie niedopuszczalne.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zanęca również, że Zamawiający w sformułowanej przez siebie klauzuli wykluczył jej zastosowanie do podstawowych elementów kosztotwórczych usługi. Zamawiający wskazał, że aktualizacja wynagrodzenia nastąpi wyłącznie w przypadku zmiany cen środków czystości. Tymczasem podstawowym kosztem realizacji zamówienia są koszty pracownicze. Mając na względzie, że na warszawskim rynku pracy regułą jest zatrudnienie wg stawek przekraczających powszechnie obowiązujące minimalne wynagrodzenie, to pominięcie ww. czynnika, jako podstawy waloryzacji, jest sprzeczne z celem art. 439 pzp. Pominięcie ww. czynnika świadczy o rzeczywistej woli Zamawiającego, którą jest uniknięcie partycypacji w zmienionych kosztach wykonania zamówienia. Pominięcie powszechnie znanych i oczywistych kosztów realizacji zamówienia, jako podstawy do aktualizacji wynagrodzenia, narusza przepisy pzp. Odwołujący zaznacza, że przysługujące Zamawiającemu prawa do formułowania treści SWZ, ma charakter swobodny, ale nie dowolny. Z tego też powodu, formułowanie postanowień waloryzacyjnych w oderwaniu od realiów wykonania zamówienia, nie stanowi wykonywania prawa, ale jest czynieniem ze swego prawa, użytku sprzecznego z jego społeczno – gospodarczym przeznaczeniem.

Klauzula opisana w § 7 ust. 1 pkt 5 Projektu umowy ma kluczowe znaczenie dla ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia Wykonawcy zamówienia, zatem jej postanowienia powinny być maksymalnie precyzyjne i jasne, tak aby były jednolicie interpretowane

i stosowane przez wszystkich oferentów, a następnie - po zawarciu umowy - przez każdą ze stron umowy. Naruszeniem ustawy jest bowiem takie sformułowanie postanowień umowy, które daje jednej ze stron możliwość jednostronnego kształtowania wysokości własnego świadczenia (długu), a tym samym wiarygodności drugiej strony umowy.

Podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest realizacja niskocennych usług porządkowo - czystościowych. Oczywistym jest, iż wszelkie wątpliwości wykonawców, co do sposobu ustalania wysokości wynagrodzenia, mają istotne znaczenie i wymierny wpływ na wycenę oferty, gdyż wszelkie, nawet wydawałoby się nieznaczące różnice w interpretacji zapisów dotyczących waloryzacji, mogą skutkować korektą wynagrodzenia, której nominalna wartość może być wysoka.

Odwołujący zaznacza również, że ww. umowna klauzula waloryzacji, ze względu na art. 439 pzp, nie może być formułowana dowolnie, w tym w szczególności w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Ponadto klauzula ta nie ma charakteru nieograniczonego, również z tego powodu, że w stosunku do tego rodzaju postanowienia umownego, tak jak do każdego innego, ma zastosowanie art. 353¹ k.c; zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według własnego uznania, byleby treść lub cel umowy, nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie, ani zasadom współżycia społecznego. Przykładem sprzeczności z naturą umowy gospodarczej jest przyznanie wyłącznie jednej stronie stosunku zobowiązaniowego możliwości zmiany istotnych warunków umowy - gdyż takie zachowanie nie powinno mieć miejsca. Zastosowanie klauzuli aktualizacyjnej w umowie powoduje, że wykonawca już na etapie składania oferty wie, że może otrzymać wynagrodzenie inne, niż kalkulowane na etapie oferowania, a zatem wiąże się to z pewnym ryzykiem. Ryzyko płynące z istnienia ww. klauzuli należy ponadto analizować i oceniać w powiązaniu z ryzykiem zmiany cen towarów i usług, mających wpływ na koszty realizacji zamówienia. W przypadku kontraktów realizowanych w długich okresach czasu, Wykonawca musi bowiem zarządzić ryzykiem zmiany cen materiałów i usług, które trudno jest precyzyjnie ocenić. Istotą prawidłowego mechanizmu waloryzacyjnego winien być miernik, którego stosowanie jest oparte na jasno i precyzyjnie określonych mechanizmach i regułach matematycznych, tj. miernik o charakterze obiektywnym i niespekulacyjnym, wskazany w umowie w sposób jednoznaczny, którego zastosowanie (mechanizm) został w umowie opisany w sposób jasny i nie umożliwiający zarówno rozbieżnych interpretacji, jak również prowadzenia pomiędzy stronami negocjacji, co do ostatecznej wysokości wynagrodzenia. Zastosowanie określonego miernika wymaga analizy na etapie składania oferty i ustalania ceny, z uwzględnieniem skutków, jakie niesie za sobą przyjęcie w umowie waloryzacji w oparciu o daną wartość lub wskaźnik. Niebudzące wątpliwości i precyzyjne sformułowanie klauzuli adaptacyjnej, będące ustawowym obowiązkiem Zamawiającego, jest zatem niezbędne dla prawidłowej oceny ryzyka i oszacowania kosztów realizacji zamówienia.

Z uwagi na powyższe Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie odpowiada wymogom art. 439 pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu, a nadto stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków, określonych w tymże przepisie. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje także Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podnosi, że przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia nie można przypisać zachowaniu polegającemu na formułowaniu wskaźników z jednej strony bardzo mało prawdopodobnych (wzrost kosztu materiałów o 15%) i oderwanych od głównych kosztów wykonania zamówienia, a z drugiej zobowiązujących do nieokreślonej zmiany wynagrodzenia. Odwołujący podkreśla, że na skutek ww. klauzuli Zamawiający co najmniej potrójnie zabezpieczył się przed rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu, co

jest całkowicie sprzeczne z celem przepisu z art. 439 pzp. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu cen lub kosztów, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych i w konsekwencji świadczy o dokonywaniu czynności prawnych sprzecznych z prawem lub mających na celu obejście prawa a więc czynności prawnych bezwzględnie nieważnych na podstawie art. 58 k.c. Odwołujący podnosi więc, że w postępowaniu, na skutek ww. wady, nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji, były ustalone racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy, jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.

Odwołujący podnosi również, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnośc ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SWZ. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Odwołujący zaznacza także, że przerwianie na wykonawcę całości ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zgodnie z art. 439 Ustawy, nie może przerzucać całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a zachowania takie stawią naruszenie ww. przepisu Ustawy jak i zasad współżycia społecznego. W świetle art. 439 pzp niedopuszczalne jest, aby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ, interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania, z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. Wobec powyższego wymaganie od wykonawców przewidywania kosztów realizacji zamówienia na okres czterech lat realizacji kontraktu wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców, a nadto jest sprzeczny z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zaznacza również, że bezpośrednią konsekwencją opisanego naruszenia wymogu przejrzystości, jest naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Zamawiający, utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż wykonawcy konkurują w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia, co do wzrostu kosztów.

II. WADLIWY OPIS ZASAD I WARUNKÓW ZAPŁATY WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

Zgodnie z § 5 ust. 5 i ust. 5 i ust. 11. 12 projektu umowy:

1. *Wykonawca otrzymywać będzie miesięczne wynagrodzenie stanowiące iloczyn powierzchni faktycznie sprzątej w danym miesiącu i ceny jednostkowej, która dla poszczególnych rodzajów powierzchni i zakresu przedmiotowego świadczenia usługi wynosi:*

1) *powierzchnia wewnętrzna pl. Powstańców Warszawy I – zł/m²netto,*

2) *powierzchnia terenu zewnętrznego – zł/m²/ netto,*

3) *dodatkowa powierzchnia zlecona w zakresie prawa opcji-zł/m²/ netto,*

11. *W przypadku niepełnego miesiąca wykonywania usług lub gdy w danym miesiącu wystąpi wyłączenie/włączenie części danego rodzaju powierzchni, o których mowa w § 2 ust. 2 lub 3, rozliczenie miesięcznego wynagrodzenia nastąpi adekwatnie do wielkości danego rodzaju powierzchni i liczby dni świadczenia usług w danym miesiącu, z zastosowaniem wskaźnika:*

$$\frac{\text{liczba dni wykonywania usługi sprzątania}}{\text{liczba dni w danym miesiącu}},$$

przy czym liczbę dni wykonywania usługi sprzątania należy liczyć łącznie z dniami wolnymi od pracy, biorąc pod uwagę okres świadczenia usługi i/lub okresy, do których odnosi się wielkość danego rodzaju powierzchni przed i po zmianie, dokonanej w wyniku wyłączenia/włączenia części tej powierzchni.

12. *W przypadku zaistnienia sytuacji zmniejszenia powierzchni sprzątej o powierzchnię określoną w § 2 ust. 3 umowy, całkowite wynagrodzenie Wykonawcy określone w ust. 1 zostanie pomniejszone o kwotę wyliczoną na podstawie ceny wskazanej w ust. 5, proporcjonalnie do liczby miesięcy wykonywania usługi. Wykonawcy nie będzie przysługiwało żadne roszczenie z tego tytułu. Zmiana zostanie potwierdzona stosownym protokołem wyłączenia powierzchni.*

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia umowne w zakresie dotyczącym obliczenia wynagrodzenia wykonawcy w przypadku niepełnego miesiąca wykonywania usługi lub, gdy w danym miesiącu nastąpi wyłączenie powierzchni, jest niezgodne z pzp, gdyż obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności od niego niezależne i skutkuje obniżeniem wynagrodzenia.

Odwołujący wyjaśnia, że wysokość otrzymywanego przez niego wynagrodzenia w zwykłym czasie (pełna realizacja usługi) jest wynikiem iloczynu ilości faktycznie posprzątej powierzchni i cen jednostkowych przyporządkowanych do danej powierzchni. W przypadku, gdy wielkość zlecenia zostanie ograniczona, to wynagrodzenie wykonawcy obliczone według zasad, określonych w ww. § 5 ust. 5, zostanie dodatkowo obniżone o wskaźnik dni niewykonywania usługi. Wskaźnik ten wpływa więc bezpośrednio na wartość wynagrodzenia wykonawcy, gdyż skutkuje obniżeniem tego wynagrodzenia.

Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie, dotyczące przywołanego wskaźnika, narusza jego prawa, gdyż:

- 1) wpływa na ostateczną cenę wynagrodzenia miesięcznego, mimo, że zakres czynności wykonywanych na powierzchniach niewyłączonych, nie ulega zmianie. Na skutek zastosowanego wskaźnika, stawka jednostkowa *de facto* ulegnie obniżeniu. Tym samym, za tę samą pracę, cena jednostkowa usługi w okresie pełnej realizacji jest inna, niż w okresie wyłączenia części usługi. W okresie wyłączenia usługi cena jednostkowa usługi (za 1m² posprzątananej powierzchni) jest niższa.
- 2) jest karany za wyłączenie usługi, gdyż cena usługi na skutek zastosowania wskaźnika czasu ulega obniżeniu. Wyłączenie zaś nie jest okolicznością zawinioną przez wykonawcę, ani przez niego nie spowodowaną. Wyłączenie następuje na skutek decyzji Zamawiającego, która to decyzja jest oderwana od zachowań wykonawcy. Decyzja Zamawiającego o ograniczeniu wielkości zamówienia jest zależna wyłącznie od potrzeb Zamawiającego;
- 3) umożliwia obniżenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy usługa będzie realizowana każdego roboczego dnia miesiąca, ale w niepełnym wymiarze wielkościowym na skutek wyłączeń Zamawiającego;
- 4) wysokość ceny jednostkowej jest inna w okresie pełnej realizacji oraz w okresie wyłączenia mimo, że zakres prac, składających się na obsłużenie jednego metra powierzchni, jest niezmienny.

Wobec powyższego, Odwołujący podnosi, że klauzula § 5 ust. 11 i 12 jest niezgodna zarówno z prawem zamówień publicznych, jak i kodeksem cywilnym. Wykonawca ponosi odpowiedzialność finansową za zachowania Zamawiającego. Istotnym jest także, że w okresach, które z natury rzeczy będą niżej płacone z powodu mniejszej ilości metrów do obsługi, wynagrodzenie wykonawcy zostanie dotatkowo pomniejszone o wskaźnik dni wykonania usługi. Wskaźnik ten w żaden sposób nie jest związany z wyceną usługi. Odwołujący podkreśla, że wynagrodzenie opisane w § 5 ust. 5 ma charakter kosztorysowy, a nie ryczałtowy. Tym samym wysokość wynagrodzenia wykonawcy, jest pochodną rzeczywistej wielkości wykonania usługi. Rozliczenie jest dokonywane w okresach miesięcznych, ale czynnik czasu nie kształtuje wynagrodzenia wykonawcy. Miesiąc jest wyłącznie okresem rozliczeniowym. Podkreślenia wymaga, że wynagrodzenie wykonawcy nie jest stałą kwotą miesięczną, niezależną od ilości wykonanej usługi. Tymczasem, wydaje się, że ten właśnie aspekt (przeliczenie na dzienną wartość usługi) ma wpływać na ostateczną wysokość wynagrodzenia kosztorysowego w okresach wyłączenia. Zastosowanie tak ukształtowanego modelu wynagrodzenia, jest niedopuszczalne, gdyż prowadzi do zubożenia wykonawcy i obniżenia ceny usługi z powodów w ogóle niezwiązanych z jej wykonaniem i niewpływającym na rozliczenie kosztorysowe.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazuje ponadto, że treść ww. klauzuli § 5 ust. 11 jest nieprecyzyjna, niejasna, a także nie zawiera czytelnego modelu wyliczeń, który jednoznacznie opisuje sposób obniżania wynagrodzenia. Zamawiający nie określił, w jaki dokładnie sposób będzie stosował ww. wskaźnik dni. Analiza klauzuli prowadzi do wniosku, iż możliwe jest dokonanie odmiennych interpretacji treści klauzuli, zatem przewidziany w niej mechanizm obniżenia nie jest jednoznaczny i może być dowolnie stosowany przez Zamawiającego. Umowa nie określa metody, która będzie stosowana dla obliczenia wartości obniżenia. Umowa nie określa również, jak i na jakich rozumieć należy proporcjonalność obniżenia. Nie są również znane zasady ustalania ww. proporcjonalności, zwłaszcza w kontekście dopuszczalnego ograniczenia wielkości zamówienia. Umowa nie określa również względem jakiej wartości, lub miernika należy odnieść ww. proporcjonalność. Tym samym naruszony został art. 436 pkt 2 pzp.

Wobec powyższego wykonawca na podstawie SWZ nie wie, w jaki sposób powinien obliczyć oferowaną cenę oraz, czy za wykonane zamówienie, będzie otrzymywał wynagrodzenie kosztorysowe, o którym mowa § 5 ust. 5 projektu umowy, czy inne wynagrodzenie dowolnie ustalone przez Zamawiającego w toku realizacji umowy. Z uwagi na powyższe, Odwołujący podnosi, że taki sposób ukształtowania wynagrodzenia wykonawcy jest niedopuszczalny w myśl pzp oraz k.c. Wykonawca nie wie bowiem, jaką ostatecznie otrzyma wysokość wynagrodzenia, a nadto wszelkie ryzyka i konsekwencje niejasności postanowień umownych, finansowo obciążają wykonawcę. Wykonawca jest też karany za wyłączenia powierzchni mimo, że ww. wyłączenia zależą wyłącznie od woli Zamawiającego. Odwołujący zaznacza również, że postanowienia umowne dotyczące rozliczenia kontraktu i ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy mają charakter *essentialia negoti*. Wady owych istotnych elementów umowy mogą skutkować nieważnością umowy, a w postępowaniu mogą ponadto skutkować nieusuwalną wadą, wywołującą konieczność unieważnienia postępowania.

III. MAKSYMALNA WYSOKOŚĆ KAR UMOWNYCH

Zgodnie z postanowieniem § 8 ust. 12 projektu umowy:

Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć wartości 30 % wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1.

Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 30% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia, wykonawca może nie otrzymać zapłaty za blisko 1/3 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 30% 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 orzecniczą 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 orzecznictwie 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.

IV. KARA UMOWNA Z TYTUŁY WYPOWIEDZENIA UMOWY PRZEZ WYKONAWCĘ

Zgodnie z § 8 ust. 8 projektu umowy

W przypadku rozwiązania umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 3 umowy.

Odwołujący podnosi, że opis okoliczności, uzasadniających nałożenie ww. kary umownej, jest ogólnikowi, szeroki, oraz uzasadniający interpretację, że rozwiązanie umowy, z każdej przyczyny leżącej po stronie wykonawcy, jest podstawą nałożenia ww. kary. Odwołujący podnosi, że w niniejszym postępowaniu tak szeroki opis okoliczności, skutkujących nałożeniem kary umownej za rozwiązanie umowy, jest niezgodny z kodeksem cywilnym. Odwołujący wskazuje, opis przedmiotu zamówienia oraz treść projektu umowy klasyfikuje zamówienie do usług. Usługi stanowiące przedmiot zamówienia i projekt umowy nie są usługami, do których znajduje zastosowanie szczególnie umowa nazwana określona w kodeksie cywilnym lub innych ustawach. Wobec powyższego, na mocy art. 750 k.c. do niniejszego zamówienia znajdują zastosowanie przepisy o zleceniu. (art. 750 kc: *Do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu*). Umowa zlecenia, w myśl, art. 746 kc może zostać zawsze wypowiedziana przez każdą ze stron z ważnych powodów. Uprawnienia do wypowiedzenia ww. umowy z ważnych powodów, strony na mocy oświadczenia, nie mogą wyłączyć lub ograniczać. W ślad za powyższym ukształtowała się linia orzecznicza, zgodnie z którą formułowanie kar umownych w zakresie, w jakim dotyczą wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, jest niedopuszczalne i niezgodne z kodeksem cywilnym. Kara taka pozbawia bowiem lub przynajmniej ogranicza prawo strony do wypowiedzenia umowy zlecenia z ważnych powodów. (wyrok Sadu Rejonowego w Dzierżoniowie z dnia 06.10.2016 ;sygn. akt: IC 876/16). Działanie takie jest zaś sprzeczne z art. 746 § 3 k.c. Wobec powyższego ww. postanowienie umowne, ze względu na szeroki, nieprecyzyjny, ogólnikowi opis okoliczności nałożenia kary umownej, narusza ww. art. 746 § 3 k.c. Odwołujący podkreśla, że *przyczyny leżące po stronie wykonawcy* to wszelkie przyczyny, a więc m.in. ważne powody. Tym samym ww. postanowienie umowne wymaga co najmniej zmiany i doprecyzowania.

Odwołujący podnosi ponadto, że ww. postanowienia § 8 ust. 8 projektu narusza przepisy pzp oraz k.c. również z tego powodu, że kreuje po stronie Zamawiającego uprawnienie do żądania zapłaty kwoty (kary umownej), oderwanej od możliwości roszczenia o wyrównanie szkody. Odwołujący podkreśla, że w przypadku wypowiedzenia umowy zlecenia przez wykonawcę z ważnych powodów, nie jest on zobowiązany do wyrównania poniesionej przez zamawiającego szkody (art. 746 § 2 k.c..). Na mocy ww. postanowienia umownego zamawiający uzyskuje jednak *quasi* odszkodowanie nawet w przypadku, gdy wypowiedzenia nastąpi z ważnych powodów.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zaznacza również, że kara ta jest nieadekwatna w stosunku do przedmiotu, rodzaju i charakteru zamówienia i naruszeń, na wypadek których została zastrzeżona. Skutkiem powyższego, kara ta może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy. Odwołujący za Sądem Apelacyjnym w Szczecinie wskazuje, że w (wyrok z dnia 24 kwietnia 2014 r. sygn. akt I ACa 26/14) *ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 kc. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp.*

Odwołujący wskazuje, że zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, ww. postanowienie umowne nie spełniają tej dyrektywy. Na mocy § 8 ust. 8 projektu umowy wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 10% całkowitej wartości umowy w razie rozwiązania umowy z przyczyn leżących jego po stronie. Postanowienie to jest tożsame z zastrzeżeniem kary umownej oderwanej od szkody, a nadto jest karą rażąco wygórowaną, niedostosowaną do potencjalnej szkody i prowadzącej do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. Odwołujący zaznacza, że rozwiązanie umowy niekoniecznie musi prowadzić do powstania po stronie Zamawiającego szkody. Postanowienie § 8 ust. 8 projektu umowy również i w takim przypadku (bez szkody) oznacza, że obowiązek uiszczenia kary powstawałby niezależnie od faktu powstania szkody.

Odwołujący podnosi ponadto, że wysokość ww. kary bezzasadnie abstrahuje od momentu, w którym następuje rozwiązanie umowy oraz od zakresu zrealizowanej już przez wykonawcę usługi. Odwołujący wskazuje, że dla wysokości ww. kary, relewantna powinna być okoliczność, czy ewentualne rozwiązanie umowy następuje na początku, czy też pod końcu obowiązywania umowy. Wobec powyższego ww. postanowienie zastrzegające obowiązek zapłaty kary na wypadek rozwiązania umowy narusza przepisu pzp oraz k.c. oraz świadczy o czynieniu przez Zamawiającego użytku ze swego prawa w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz zasadami współżycia społecznego. Zastrzeżenie rażąco wygórowanej kary umownej jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i uprawnia wniosek o uznanie za nieważne takiego postanowienia na podstawie art. 58 k.c.

V. DOWOLNA ZMIANA POSTANOWIEŃ UMOWNYCH

Zgodnie z § 7 ust. 12 projektu umowy:

Jeżeli w trakcie realizacji umowy Zamawiający lub Wykonawca dojdzie do wniosku, że w celu właściwej realizacji zamówienia istnieje potrzeba dokonania zmiany postanowień przedmiotowej umowy w stosunku do treści wybranej oferty, to każda ze stron może się zwrócić do drugiej na piśmie z wnioskiem o dokonanie takiej zmiany. Zmiany będą dokonywane w postaci aneksu do zawartej umowy po uprzednim wyrażeniu zgody na zmianę przez obie strony.

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienie umowne jest niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż dopuszcza dowolną zmianę umowy względem treści złożonej oferty. Zmiana ta nie jest określona i sprecyzowana w myśl reguł określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp ani też żadnych innych reguł i zasad wynikających z pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem pzp, aby zmiana umowy była dopuszczalna musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian, warunki wprowadzenia ww. zmian. Zmiana taka nie może także skutkować modyfikacją ogólnej umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienie umowne nie zawiera żadnego z przywołanych elementów wymaganych ustawą pzp, to jest ono sprzeczne z ww. ustawą. Uwagi wymaga również, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniu umownym, stoją w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania. Na mocy przywołanego postanowienia umownego dozwolone jest bowiem wykreowanie po udzieleniu zamówienia innego lub nawet nowego zobowiązania wykonawcy niż to, które było przedmiotem postępowania. Odwołujący podkreśla, że tego rodzaju zmiany są zakazane w myśl pzp i dotyczą tak zmian nieistotnych zmian umowy, jak i istotnych.

Odwołujący podkreśla, że zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany umowy, wymaga jasnych, precyzyjnych i *jednoznacznych postanowień umownych*. Postanowienie § 7 ust. 12 projektu umowy nie spełnia ww. wymogów. Dopuszczalna przez Zamawiającego wielkość, zakres i okoliczności zmiany jest nieograniczona, a nadto stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego (prawa do kształtowania postanowień umownych) przysługujących zamawiającemu. Przedstawione stanowisko jest zgodne z opinią UZP, wydanej na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowującej aktualność, w myśl której *zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przedstawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności).* ([opinia UZP: Jak Należy formułować klauzule umowne w oparciu o art 144 ust. 1 ustawy Pzp](#)).

Odwołujący zaznacza także, że przesłanki przewidziane w ustawie pzp są zgodne z treścią art. 72 Dyrektywy klasycznej 2014/24/UE. W punkcie 109 preambuły Dyrektywy wskazano ponadto, że zmiana umowy nie może nastąpić w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, rozumianą na przykład jako zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia, lub jako całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takim przypadku można każdorazowo zakładać potencjalny wpływ na wynik postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) po raz pierwszy wypowiedział się na temat możliwości wprowadzania zmian w zawartych umowach w sprawie Komisja przeciwko Francji (C-337/98), stwierdzając, iż w świetle prawa wspólnotowego, ze względu na cel zapewnienia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, zmiany w postanowieniach umowy w czasie jej trwania są równoznaczne z udzieleniem nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Doprecyzowanie tego stanowiska TSUE nastąpiło orzeczeniem z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 (pressetext Nachrichtenagentur BmbH przeciwko Republice Austrii), w którym Trybunał podniósł, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną w sytuacji, kiedy wprowadza warunki, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona, a także modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść Wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

Wobec powyższego, Odwołujący podnosi, że ww. postanowienie umowne jest sprzeczne z ustawą pzp. Sprzeczność z ustawą ww. postanowienia polega na tym, że nie zawiera ono żadnego z obligatoryjnych elementów opisu zmiany umowy wymaganego art. 455 ust.1 pkt 1 mimo, że może być stosowane również w przypadku istotnej zmiany treści umowy, w tym także zmiany skutkującej zmianą treści oferty. Postanowienie to legalizuje więc nieokreśloną, dowolną zmianę kontraktu uzależnioną wyłącznie od woli stron, co stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą przejrzystości.

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.