

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

Odwołujący:

Impel S.A.
ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław
KRS: 0000004185; NIP: 899-010-67-69
reprezentowana przez pracownika
Kamile Stefanską - Pełnomocnika
numer telefonu: 727 003 567
adres poczty elektronicznej: k.stefanska@impel.pl

Zamawiający:

43 Wojskowy Oddział Gospodarczy
ul. Saperska 2; 59-726 Świątoszów
NIP: 612-184-37-75
numer telefonu: +48 261-686-280
adres poczty elektronicznej: 43wog.szp@ron.mil.pl
adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:
<https://platformazakupowa.pl/pn/43wog>

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 t.j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Świadczenie usług utrzymania czystości* (znak postępowania: 52/26/PN/2022) tj. wobec:

- 1) wprowadzenia do treści wzorca umownego klauzuli w przedmiocie zmiany wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, która nie spełnia wymogów art. 439 Ustawy, gdyż nie zawiera obligatoryjnych postanowień w przedmiocie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy, tj. postanowień o których mowa w art. 439 ust. 2 lit a) lub b) Ustawy;
- 2) niewykonania przez Zamawiającego przyrzeczenia, które złożył w oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania (uwzględnienie z dnia 10.08.2022 r. dotyczące odwołania z dnia 04.08.2022 r.), tj. przyrzeczenia, że **wprowadzi w treści umowy oraz w SWZ odpowiednie zapisy dotyczące klauzul regulujących wprowadzenie zmian wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia** i wprowadzenie do treści wzorca umownego klauzuli w przedmiocie zmiany wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, która nie spełnia wymogów art. 439, gdyż nie zawiera obligatoryjnych postanowień w przedmiocie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy - postanowień o których mowa w art. 439 ust. 2 lit a) lub b) Ustawy.

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 142-406731 z dnia 26.07.2022 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Świadczenie usług utrzymania czystości*. Numer referencyjny: 52/26/PN/2022.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 439 w zw. z 137 oraz art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.94 z zm.) – *dalej kc* - poprzez wprowadzenie do treści wzorca umownego klauzuli w przedmiocie zmiany wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, która nie spełnia wymogów art. 439, gdyż nie zawiera obligatoryjnych postanowień w przedmiocie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy tj. postanowień o których mowa w art. 439 ust. 2 lit a) lub b) Ustawy;
- 2) art. 439 w zw. z 137 oraz art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 353¹ kc poprzez niewykonanie przez Zamawiającego przyrzeczenia, które złożył w oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania (uwzględnienie z dnia 10.08.2022 r. dotyczące odwołania z dnia 04.08.2022 r.) tj. przyrzeczenia że: *wprowadzi w treści umowy oraz w SWZ odpowiednie zapisy dotyczące klauzul regulujących wprowadzenie zmian wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia*

i wprowadzenie do treści wzorca umownego klauzuli w przedmiocie zmiany wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, która nie spełnia wymogów art. 439 Ustawy, gdyż nie zawiera obligatoryjnych postanowień w przedmiocie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy - postanowień o których mowa w art. 439 ust. 2 lit a) lub b) Ustawy.

- III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:

- 1) wprowadzenie we wzorzec umowy postanowienia, o którym mowa w art. 439 ust. 2 lit. a) lub b) Ustawy, tj. postanowienia regulującego sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy;
- 2) wykonanie przyrzeczenia złożonego w oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania;
- 3) zmianę postanowień wzorca umownego poprzez dodanie do wzoru umowy postanowienia, że:

Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy każdorazowo nastąpi w oparciu o obowiązujący półroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszany w komunikatach Prezesa GUS.

- 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 i ubieganie się 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.

Odwołujący wskazuje, że jest aktualnym wykonawcą usługi odpowiadającej przedmiotem zamówienia niniejszemu zamówieniu. Aktualne postanowienia SWZ uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty mimo, że posiada wiedzę i doświadczenie w bliźniaczym zamówieniu, realizowanym na rzecz Zamawiającego. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyższych wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości ponownego 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 przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

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

Zamawiający w dniu 26.08.2022 r. dokonał zmiany postanowień SWZ i wprowadził do umowy regulacje dotyczące zmiany wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (zrzut z ekranu potwierdzający datę dokonania zmiany w załączeniu). W tym też dniu Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie usług utrzymania czystości*.

Zamawiający w związku z ww. postępowaniem w dniu 04.08.2022 r. otrzymał odwołanie na postanowienia SWZ, w tym postanowienia umowne. Odwołujący zarzucił postanowieniom SWZ niezgodność z przepisami Ustawy tj. z art. 439 w zw. z art. 16 i 17 pzp, gdyż dokumentacja postępowania nie zawierała regulacji o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zamawiający w dniu 10.08.2022 r. uwzględnił ww. odwołanie w całości, a ponadto oświadczył, że w związku z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w treści odwołania Zamawiający wprowadzi w treści umowy oraz w SWZ odpowiednie zapisy dotyczące klauzul regulujących wprowadzenie zmian wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zamawiający w dniu 26.08.2022 r. dokonał zmiany treści SWZ polegającej na dodaniu we wzorach umów na sprzątnięcie wewnętrzne i sprzątnięcie zewnętrzne (Załączniki nr 10 i nr 11 SWZ) postanowień w przedmiocie zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tj. postanowień, o których mowa w art. 439 Ustawy.

Do przywołanych wzorów umowy zostały dodane postępujące postanowienia umowne:

§ 14 pkt II

.....

10. *Zamawiający przewiduje zgodnie z art. 439 ustawy PZP zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, rozumie się przez to zarówno wzrost cen lub kosztów jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.*
11. *Stronom przysługuje uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia zgodnie z art. 439 ustawy PZP oraz postanowieniami niniejszej umowy - w razie osiągnięcia poziomu zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w wysokości min. 4 % w stosunku do kwot, lub kosztów wynikających z oferty Wykonawcy umowy na dzień jej zawarcia.*
12. *Wniosek o zmianę wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia może być złożony przez strony umowy co 6 miesięcy. Za datę początkową, od której liczona będzie pierwsza indeksacja uznaje się początek obowiązywania umowy.*

13. *Maksymalna wartość waloryzacji wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wynikającej z art. 439 nie może przekroczyć 15 % wartości umowy z dnia jej zawarcia*
14. *Waloryzacja nie może też służyć do sanowania błędów Wykonawcy dokonywanych w trakcie kalkulacji ceny oferty. Nie mogą one prowadzić do zmniejszenia ryzyka związanego z niedoszacowaniem oferty przez Wykonawcę, ani do wzbogacenia się Wykonawcy czyli wzrostu jego wynagrodzenia*
15. *Wykonawca ma obowiązek zmiany wynagrodzenia należnego podwykonawcom, jeżeli Wykonawcy temu zmieniono wartość wynagrodzenia, w związku ze zmianami cen i kosztów realizacji zamówienia*
16. *Waloryzacja wysokości wynagrodzenia w związku ze wzrostem cen i kosztów możliwa będzie po przedstawieniu przez Wykonawcę, szczegółowej analizy opartej na obiektywnych źródłach potwierdzających te zmiany. Analiza musi uwzględniać okoliczności, które występowały w trakcie składania ofert i wyliczania ceny oferowanej za realizację przedmiotu zamówienia oraz te, które spowodowały wzrost cen (np. faktury, rachunki z czasu złożenia ofert i czasu w którym występuje się z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia.*

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 Ustawy. Klauzula nie zawiera regulacji o sposobie ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym klauzule te są niezgodne z Ustawą i nie stanowią wykonania przyrzeczenia do zmiany SWZ zawartego w oświadczeniu Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania (oświadczenie Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2022 r.). Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza, że Zamawiający oświadczył, że wprowadzi w treści umowy oraz w SWZ odpowiednie zapisy dotyczące klauzul. Klauzule wprowadzone przez Zamawiającego nie są jednak odpowiednie, gdyż nie zawierają obligatoryjnego elementu (regulacji), o którym mowa w art. 439 ust. 2 Ustawy. Przywołana klauzula nie odsyła do żadnego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, ani też do innej podstawy; która ma służyć do dokonania zmiany (aktualizacji) wynagrodzenia wykonawcy. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie został w ogóle wskazany ww. klauzuli.

Zgodnie z art. 439 ust. 2, w umowie określa się sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

Klauzula wprowadzona przez Zamawiającego do wzoru umowy nie zawiera ww. regulacji.

Odwołujący na podstawie ww. klauzuli waloryzacyjnej nie wie, w jaki sposób i na jakich zasadach jego wynagrodzenie zostanie zindeksowane w przypadku, gdy osiągnięty zostanie poziom zmiany cen materiałów lub kosztów wskazany w umowie.

Odwołujący zaznacza również, że klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 439 Ustawy, nie ma charakteru negocjacyjnego. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu, klauzula ta musi zwierać jednoznacznie określone miary i wskaźniki, zgodnie z którymi przeprowadzona zostanie indeksacja wynagrodzenia wykonawcy. Ustawa wymaga, aby wskazane parametry (miary i wskaźniki) zostały ujawnione w treści SWZ. Uwagi wymaga również, że zastosowanie odmiennej interpretacji przepisu art. 439 Ustawy jest sprzeczne nie tylko z jego literalną wykładnią, ale także z art. 454 i 455 Ustawy. Przepisy zakazują bowiem dokonywania dowolnej zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany o charakterze istotnym.

Odwołujący zwraca również uwagę, że zgodnie z Dyrektywą Klasyczną *Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej (...)*. (Preambuła dyrektywy 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna), pkt 111). Ze względu na powyższe niezgodne z prawem jest formułowanie klauzul waloryzacyjnych niedookreślonych, negocjacyjnych lub umożliwiających stronom dowolną konwersję postanowień umowy. Niedopuszczalnym jest więc pozostawianie niedookreślonych, lub nieopisanych elementów klauzuli indeksacyjnej określających sposób wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy po aktualizacji.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy, wykonawca na podstawie postanowień wzorca umowy, powinien uzyskać wiedzę jaki poziom ryzyka związanego ze zmianą poziomu cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia zobowiązany będzie sfinansować samodzielnie, a w której części ww. ryzyka i w jakiej wysokości będzie partycypował Zamawiający. Postanowienia aktualnych wzorców umownych, dotyczących przedmiotowego postępowania, nie zawierają ww. informacji. Tym samym klauzule sformułowana przez Zamawiającego są wadliwe i nie stanowią wykonania ww. zobowiązania do odpowiedniej zmiany umowy. Klauzule te nie zawierają bowiem ściśle określonego, obiektywnego miernika, który będzie podstawą zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy nie jest dopuszczalne wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne zapisu „otwartego”, umożliwiającego zmianę wynagrodzenia na zasadach ustalonych (sprecyzowanych, zdefiniowanych) przez strony po zawarciu umowy lub jednostronnie przez wykonawcę lub Zamawiającego. Wprowadzenie do SWZ tego typu „otwartych” postanowień nie stanowi wykonania przez Zamawiającego obowiązków, o których mowa w art. 439 Ustawy. Przeciwnie sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej, jest czynnością sprzeczną z Ustawą, która jako taka wywołuje skutek, o którym mowa w art. 58 § 1 kc. Ponadto sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest również niezgodne z art. 353¹, gdyż stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, przejawiające się w kształtowaniu niedozwolonych ze względu na przepisy Ustawy klauzul waloryzacyjnych, które nie gwarantują ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron.

Odwołujący zaznacza równocześnie, że przepis art. 439, w tym także art. 439 ust. 2 Ustawy, ma charakter *ius cogens*. Wobec powyższego Zamawiający nie jest uprawniony w drodze jednostronnego oświadczenia lub decyzji zwolnić się z obowiązków sformułowania w treści SWZ postanowień wymaganych dyspozycją przywołanego przepisu.

Odwołujący zwraca również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.01.2022 r. (sygn. akt: KIO 3600/21) oraz zawarte w tymże wyroku uzasadnienie, zgodnie z którym: „Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmując z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy” [por. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, *Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca*. 2021, nr 9].

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, *klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.*

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za

kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.” (podkreślenie dokonane przez Odwołującego)

Odwołujący zaznacza, że konieczność zmiany SWZ o regulacje, wymagane art. 439 Ustawy jest Zamawiającemu znana co najmniej od dnia 10.08.2022 r.; tj. od dnia uwzględnienia ww. odwołania z dnia 04.08.2022 r. Zamawiający na skutek ww. uwzględnienia przyznał również, że treść SWZ przedmiotowego postępowania wymaga konwalidacji ze względu na art. 439 Ustawy i przyrzekł dokonać odpowiedniej zmiany dokumentacji postępowania. Zamawiający podjął co prawda czynności polegające na zmianie SWZ i wprowadził do wzorów umownych postanowienia, które w wybranym przez niego zakresie spełniają wymogi Ustawy, ale ww. modyfikacja SWZ nie skutkuje całkowitym usunięciem wady SWZ polegającej na jej niezgodności

z przepisem art. 439 Ustawy. Zamawiający dokonał ww. konwalidacji nieprawidłowo i sprzecznie z Ustawą, gdyż bezpodstawnie i w sposób nieuprawniony odstąpił od zmiany dokumentacji postępowania polegającej na wprowadzeniu do wzoru umownego regulacji w przedmiocie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy, która to regulacja jest niezbędnym elementem przedmiotowej klauzuli waloryzacyjnej ze względu na art. 439 ust. 2 Ustawy. Zamawiający kontynuuje postępowanie w oparciu o SWZ niezawierając postanowień, dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, zawierającej minimalną treść wymaganą art. 439 Ustawy, w tym w szczególności art. 439 ust. 2 Ustawy. Skutkiem powyższego, Zamawiający prowadzi postępowanie w oparciu o wadliwą i niezgodną z Ustawą dokumentacją postępowania.

Z daleko idącej ostrożności – w zakresie dotyczącym skutków prawnych złożonego przez Zamawiającego przyrzeczenia do zmiany SWZ zawartego w oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania (oświadczenie Zamawiającego z dnia 10.08.2022 r.) - Odwołujący podnosi, że oświadczenie to stanowi uznanie niewłaściwe roszczenia (roszczenia wykonawcy o sporządzenie SWZ zgodnie z wymogami Ustawy). Oświadczenie o uznaniu długu może być dokonane w dwóch formach: jako uznanie właściwe oraz uznanie niewłaściwe. Pierwsze stanowi nieuregulowaną odrębną umowę ustalającą co do zasady i zakresu istnienia albo nieistnienia jakiegoś stosunku prawnego, drugie zaś określone jest jako przyznanie przez dłużnika wobec wierzyciela istnienia długu. Przywołane powyżej oświadczenie Zamawiającego stanowi uznanie niewłaściwe długu – zobowiązanie do sporządzenia SWZ zgodnie z wymogami Ustawy w tym w szczególności zgodnie z art. 439 Ustawy. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający udzielając zamówienia zgodnie z przepisami Ustawy jest niejako dłużny wobec wykonawcy do sporządzenia dokumentacji postępowania zgodnie z wymogami i regułami Prawa zamówień publicznych.

Uznanie niewłaściwe jest oświadczeniem wiedzy, a nie woli dłużnika (por. uzasadnienie wyroku SN z 19 marca 1997 r.; II CKN 46/97, OSNC 1997/10/143). Taki charakter uznania niewłaściwego zaaprobował SN w uzasadnieniu orzeczenia z 7 grudnia 1957 r. (OSPiKA 1958, poz. 194) stwierdzając między innymi, że "uznanie niewłaściwe nie jest czynnością prawną, a jedynie przyznaniem obowiązku świadczenia wynikającego z innego źródła, a więc deklaratywnym stwierdzeniem, że taki obowiązek istnieje i że dłużnik nie zamierza się uchylić od jego wypłacenia". Uznanie roszczenia definiuje SN w wyroku 7 marca 2003 r. (I CKN 11/01, LEX nr 83834), jako każdy przypadek wyraźnego oświadczenia woli lub też innego jednoznacznego zachowania się dłużnika wobec wierzyciela, z którego wynika, że dłużnik uważa roszczenie za istniejące.

Skutki prawne ww. uznania są w tym przypadku spowodowane świadomością istnienia długu, a nie wolą dłużnika, dlatego też w przeciwieństwie do właściwego uznania, stanowiącego czynność prawną, niewłaściwe uznanie długu jest kwalifikowane jako oświadczenie wiedzy zobowiązanego. Oświadczenie wiedzy jest wypowiedzią o faktach w kategoriach prawda/fałsz, wywierającą skutki prawne niezależnie od woli wypowiadającego podmiotu, lub też każdym innym zachowaniem wskazującym na świadomość dłużnika w przedmiocie istnienia długu. Konsekwencją niewłaściwego uznania długu, jako oświadczenia wiedzy, jest wykluczenie przyznania takiemu oświadczeniu skutku konstytutywnego w postaci powstania zobowiązania. Uznanie niewłaściwe z uwagi na brak oświadczenia woli nie jest czynnością prawną, a jedynie działaniem o charakterze faktycznym – uzewnętrznieniem świadomości dłużnika – nie może ono prowadzić do powstania

nowego zobowiązania po jego stronie. Uznanie długu skutkuje potwierdzeniem zobowiązania, które powstało wcześniej.

Odwołujący podkreśla, że oświadczenie wiedzy zobowiązanego stanowi wyraz świadomości istnienia skierowanego przeciwko niemu roszczenia (vide: uchwała Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów z dnia 30 grudnia 1964 r., III PO 35/64, OSNC 1965/6/90; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 czerwca 2005 r., I ACa 171/05, LEX nr 164613; „Kodeks cywilny. Komentarz” pod red. E. Gniewka, P. Michnikowskiego, wyd. 5, C.H. Beck).

Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, że przysługuje mu na podst. art. 439 w zw. z 137 oraz art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 353¹ kc uprawnienie do żądania zmiany SWZ zgodnie z przepisami Ustawy oraz zgodnie z przyrzeczeniem Zamawiającego.

Odwołujący zastrzega, że w każdym miejscu, w którym posłużył się sformułowaniem „wzorzec umowny”, lub „klauzula” miał na myśli zarówno wzorzec umowny dotyczący sprzętania wewnętrznego jak i zewnętrznego oraz odpowiednią klauzulę dotyczącą obu umów. Wolą Odwołującego jest zaskarżenie klauzuli w przedmiocie zmiany wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia zawartej w obu przywołanych wzorcach umownych.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
3. zrzut z ekranu potwierdzający datę dokonania zaskarżonej zmiany SWZ.