

Wrocław, dnia 5 maja 2021 r.

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

Odwołujący:

Impel Catering Sp. z o.o.
ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław
KRS: 0000773603
NIP: 8942598912
numer telefonu:
510015984, 510015097
adres poczty elektronicznej:
j.filipiak@impel.pl, e.sitarek@impel.pl
Przedstawiciel:
Joanna Filipiak, Emilia Sitarek

Zamawiający:

UNIWERSYTECKI DZIECIĘCY SZPITAL KLINICZNY
im. L. Zamenhofa w Białymstoku
ul. J. Waszyngtona 17, 15-274 Białystok
KRS: 0000002628
NIP: 5422534063
tel.: 85 7450595

adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:

<https://udsk.pl/zp>

poczta elektroniczna zamawiającego:

zp@udsk.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) – 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 żywienia pacjentów Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Białymstoku oraz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku – w zakresie Części I i Części II*. (znak postępowania: PN- 4/21/15).

- I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):
 1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 080-206281 w dniu 26.04 2021 r..
 2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Usługa żywienia pacjentów*. Numer referencyjny: PN- 4/21/15.
- 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. 433 pkt 4, art. 455 ust. 1 pkt 1, Ustawy oraz art. 8, art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16, art. 17 Ustawy poprzez:

- a) brak wskazania w treści projektu umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
 - b) dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję – dotyczy Części I i Części II zamówienia;
- 2) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez brak ustalenia w treści SWZ postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – dotyczy Części I zamówienia;
- 3) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez wadliwe ustalenie w treści 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 wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi – dotyczy Części II zamówienia;
- 4) art. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez wadliwe ustalenie w treści projektu umowy postanowień w przedmiocie aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy poprzez:
- a) ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia - dotyczy Część II;
 - b) brak wskazania jako przesłanki waloryzacyjnej – zmiany przepisów o zasadach gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych (PPK) - dotyczy Część II;
- 5) art. 433 pkt 4, art. 455 ust. 1 pkt 1, art. 434 Ustawy oraz art. 8, art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16, art. 17 Ustawy oraz art. 58 ustawy Kodeks cywilny poprzez:
- a) zawarcie we wzorze umowy postanowień umożliwiających skrócenie realizacji zamówienia z dowolnego powodu poprzez wypowiedzenia umowy lub zmianę umowy;
 - b) ustanowienie w treści SWZ - projekcie umowy - postanowień umożliwiających dowolną zmianę postanowień umowy w stosunku do treści wybranej oferty podczas, gdy inna, niż nieistotna zmiana umowy wymaga sformułowania jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych określających jednocześnie rodzaj i zakres zmian, warunki wprowadzenia nie skutkujących modyfikacją ogólnego charakteru umowy Ustawy Pzp;
 - c) dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której będzie on miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy pzp zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka ograniczenia wielkości zamówienia, która powinna być dokonywana w oparciu o racjonalne i jednoznaczne kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1

Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy Pzp, istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

- dotyczy Części I i Części II zamówienia;

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 wynagrodzenia z art. 439 pzp: wprowadzenie do treści SWZ w zakresie Części I i Części II 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:

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa odpowiednio w § 7 ust. 1 i 2 – dla Części I i § 4 ust.2 dla Części II umowy, w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów, w tym w szczególności produktów żywnościowych, cen energii lub paliw, związanych z realizacją przedmiotu umowy lub kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie, otrzymujących wyższe, niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo wyższą, 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 wynagrodzenie za pracę albo wyższą, 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 4% 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 zabezpieczone zgodnie z wymogami RODO.*
- b) poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub środków ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego pn. „Ceny detaliczne - Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych”*
 - c) wynagrodzenie ulegnie zmianie po pierwszych 12 miesiącach obowiązywania umowy a następnie po każdych 6 –ciu miesiącach obowiązywania umowy,*
 - d) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający, to łącznie 30% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 Umowy, odpowiednio dla każdej z części.*

- 2) w zakresie zarzutu dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia umownego na podst. art. 436 pkt. 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych:

a) usunięcie postanowienia § 6 ust. 9 Część II projektu umowy w brzmieniu:

Maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia przysługująca Wykonawcy w okresie obowiązywania umowy nie może przekroczyć 10% łącznej wartości określonej w § 4 ust 2.

b) sformułowanie postanowienia § 6 ust. 1 Część II projektu umowy w następujący sposób:

1. *Wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie w przypadku zmiany:*
 - 1) *stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego;*
 - 2) *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;*
 - 3) *zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne;*
 - 4) *zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planach kapitałowych o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;*
 - *jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę*
2. *Każda ze stron umowy, w terminie od dnia opublikowania przepisów dokonujących tych zmian do 30 dnia od dnia ich wejścia w życie, może zwrócić się do drugiej strony o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. Zmiana umowy na podstawie ustaleń negocjacyjnych może nastąpić po wejściu w życie przepisów będących przyczyną waloryzacji.*
3. *W razie zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 2, przez pojęcie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia należy rozumieć sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego wynikających z podwyższenia wynagrodzeń poszczególnych pracowników biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia, do wysokości wynagrodzenia minimalnego albo minimalnej stawki godzinowej, obowiązującej po zmianie przepisów lub jej odpowiedniej części, w przypadku osób zatrudnionych w wymiarze niższym niż pełen etat.*
4. *W razie zmiany wskazanej w ust. 1 pkt 3, przez pojęcie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia należy rozumieć sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego oraz drugiej strony umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej łączącej wykonawcę zamówienia publicznego z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, wynikających z konieczności odprowadzenia dodatkowych składek od wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę o pracę lub na podstawie umowy cywilnoprawnej, zawartej przez wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, a biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia przy założeniu braku zmiany wynagrodzenia netto tych osób.*
5. *W razie zmiany wskazanej w ust. 1 pkt 4, przez pojęcie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia należy rozumieć sumę wzrostu kosztów realizacji zamówienia publicznego wynikająca z wpłat do PPK przez podmioty zatrudniające, uczestniczące w realizacji zamówienia publicznego.*

3) w zakresie dotyczącym minimalnej wielkości zamówienia: dodanie do treści SWZ – projektu umowy dla Części I i Części II, postanowień, że:

Zmniejszenie wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku ograniczenia zakresu lub wielkości zamówienia, wyniesie maksymalnie 20% wynagrodzenia brutto, wskazanego odpowiednio w § 7 ust. 1 i 2 dla Części I i § 4 ust.2 dla Części II - w odniesieniu do całkowitej wartości szacunkowej umowy.

4) w zakresie dotyczącym zmian umowy - zmiany terminu realizacji umowy:

a) zmianę treści SWZ – wzoru umowy – poprzez:

- i. sformułowanie jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, umożliwiających Zamawiającemu ograniczenia zakresu zamówienia o nie więcej, niż 20% wartości całkowitego wynagrodzenia umownego brutto wykonawcy;
- ii. jasne, precyzyjne i jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu zmian umowy;
- iii. jasne, precyzyjne i jednoznaczne określenie warunków wprowadzenia zmian umowy.

b) usunięcie następujących postanowień wzoru umowy:

- i. § 9 ust. 1 i 2 Część I zamówienia :*Zmiany umowy:*
Możliwość skrócenia terminu realizacji umowy do 36 miesięcy.
- ii. § 9 ust. 3 Część II zamówienia:
Zamawiający może wypowiedzieć Umowę z zachowaniem 4-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego

5) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia, będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) - 4) 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 w zakresie dotyczącym Części I i Części II, 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. 2 pkt 1 Ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub wobec treści dokumentów zamówienia 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 26.04.2021 roku opublikował ogłoszenie i SWZ co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Usługa żywienia pacjentów Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego w Białymstoku oraz Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku – w zakresie Części I i Części II*; numer referencyjny: PN- 4/21/15 ; w trybie przetargu nieograniczonego.

I. BRAK MINIMALNEJ WIELKOŚCI ZAMÓWIENIA

Zgodnie z art. 433 pkt. 4 pzp:

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt. 1 pzp:

Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,*
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,*
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;*

Zgodnie z rozdz. V SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA pkt 2 – 6 SWZ:

- 1. Średnie roczne zapotrzebowanie na całodobowe żywienie pacjentów (łącznie z Kuchnią Niemowlęcą) wynosi ok. 61 212 osobodni. Na potrzeby kalkulacji ceny oferty należy przyjąć dodatkowo ok. 476 pełnych osobodni (1 pełny osobodzień = 5 osobodni w Oddziale Dziennym Psychiatrycznym) Ilości te mogą się zmieniać według aktualnych potrzeb Szpitala.*
- 2. Zamówienie obejmuje także prowadzenie stołówki pracowniczej.*
- 3. Szacunkowa miesięczna ilość posiłków dla pacjentów ogółem 5 101 osobodni, w tym:*
 - I – niemowlęta żywione z Kuchni Niemowlęcej średnio 1 119 osobodni miesięcznie, w tym średnio 599 mieszanki same (rozliczane jako 1 osobodzień), 520 posiłki łączone, w skład których wchodzi: mieszanka i dieta – rozliczane jako 1 osobodzień z Kuchni Centralnej.*
 - II – dzieci żywione z Kuchni Centralnej średnio:*
 - śniadania – 4 276 średnio osobodni miesięcznie*
 - obiady – 5 069 średnio osobodni miesięcznie*
 - kolacje 4 159 średnio osobodni miesięcznie*
- 4. Oddział Dzienny Psychiatryczny Dzieci i Młodzieży – ok. 198 osobodni miesięcznie (które będą rozliczane jako 20% stawki pełnego osobodnia żywionych).*
- 5. Ilość przygotowanych posiłków w okresie obowiązywania umowy może ulec zmianie. Z tytułu zmniejszenia zakresu ilościowego w okresie trwania umowy nie będą przysługiwać Wykonawcy żadne roszczenia wobec Zamawiającego.*

Zgodnie z rozdz. V ORGANIZACJA PRACY KUCHNI NIEMOWLĘCEJ pkt 6, 7 SWZ:

Szacunkowe ilości przygotowywanych mieszanek i preparatów średnio za okres 1 miesiąca mogą wahać się w granicach od 272 do 662 litrów.

Szacunkowe ilości przygotowywanych zup za okres 1 miesiąca waha się od 35 do 91 litrów.

Zgodnie z rozdz. XXVI WZORU UMOWY, Część I § 1 ust. 3:

Z tytułu zmniejszenia zakresu ilościowego w okresie trwania umowy nie będą przysługiwać wykonawcy żadne roszczenia wobec Zamawiającego.

Zgodnie z rozdz. XXVI WZORU UMOWY, Część II § 4 ust. 4 i 8:

Wynagrodzenie Wykonawcy jest ryczałtowe. Zmiana proporcji ilości poszczególnych diet, istotne różnice w koszcie przygotowania posiłków dla poszczególnych diet nie stanowią podstawy do zmiany Umowy, w szczególności nie mogą skutkować wzrostem wynagrodzenia Wykonawcy za osobodzień. Strony wyłączają możliwość podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy, w szczególności waloryzacji, jak również wskutek nadzwyczajnej zmiany okoliczności, z zastrzeżeniem wyjątków wyrażnie w Umowie zastrzeżonych.

Wartość Umowy określona w ust. 2, jak również szacunkowa liczba osobodni w okresie obowiązywania Umowy zostały określone szacunkowo do zrealizowania w okresie miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Ilość osobodni we wskazanym okresie może być niższa i z tego nie będą przysługiwać Wykonawcy żadne roszczenia wobec Zamawiającego. Wykonawca ma prawo do wynagrodzenia wyłącznie za ilość posiłków dostarczonych zgodnie z Umową.

Powyższe postanowienia nie zawierają ani wskazania minimalnej wartości przedmiotu zamówienia, ani wielkości świadczenia stron. Przeciwnie postanowienia te umożliwiają Zamawiającemu dowolne ograniczenie wielkości zamówienia.

Odwołujący podnosi również, że ww. postanowienia umowne są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż dopuszczają dowolną zmianę umowy względem treści złożonej oferty. Zmiany te nie są określone i sprecyzowane 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 ogólnego charakteru umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienie umowne nie zawiera żadnego ze wspomnianych elementów, wymaganych ustawą pzp, to jest ono sprzeczne z ww. ustawą. Uwagi wymaga również, że okoliczności i przyczyny zmiany, opisanej w ww. postanowieniu umownym, które to okoliczności mogą być dowolne i zależne wyłącznie od woli Zamawiającego, 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.

Na skutek tak skonstruowanego postanowienia umownego wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż ograniczenia w realizacji zamówienia względem szacunków określonych w SWZ nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego. Wykonawca zobowiązany zaś jest ponieść określone koszty stałe, takie jak nabycie i utrzymanie określonej ilości produktów

spożywczych do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali - koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia, zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia pierwotnego zakresu zamówienia, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości, a asortyment (np. zakupione środki żywnościowe, środki czystości) może utracić datę przydatności do spożycia/użycia.

W konsekwencji, uzasadniony był zabieg ustawodawcy, pozwalający zagwarantować wykonawcy minimalny pułap wielkości zamówienia, którego zamawiający zmniejszyć nie może.

Ponadto, zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, *Zamawiający w umowie nie może zastrzegać sobie prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Oznacza to, że przedmiot umowy powinien być określony w taki sposób, by wykonawca mógł ustalić minimalny, pewny zakres lub wielkość przyszłego swojego świadczenia oraz wysokość odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Wymiar tego zakazu jest dwojaki. Po pierwsze, chroni on wykonawcę przed stratami ponoszonymi w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, w sytuacji gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy jest znacznie mniejszy czy wręcz znikomy. Po drugie, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia, a co za tym idzie - przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie w opisie przedmiotu zamówienia zakresu gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.) uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Izba wskazała, że zastrzeżenie takie prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego. Zatem, jeśli nawet zamawiający nie jest w stanie w precyzyjny sposób określić swoich potrzeb, dla zaspokojenia których udziela zamówienia, nie może określić jedynie maksymalnej wartości zobowiązania i zastrzec, że zamówienie będzie realizować według bieżących, rzeczywistych potrzeb. Zobowiązany jest wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Zamawiający może w takim przypadku skorzystać również z instytucji prawa opcji,*

które pozwala na rozszerzenie zamówienia podstawowego o towarzyszące mu usługi lub dostawy. (Jaworska Marzena [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, 2021, [w]: komentarz do art. 433, pkt B.4).

Odwołujący podkreśla, iż działania Zamawiającego, polegające na formułowaniu zastrzeżeń umożliwiających dowolne ograniczenie zamówienia, stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 433 ustawy pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 433 był fakt kształtowania treści umowy przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki, a to z kolei rodzi potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. *„Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.*

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Prawem zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać w szczególności zakres zamówienia. Innymi słowy powinien on określać „ilość zamówienia” (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08). Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym umożliwia, bowiem wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty. Odrębną kwestią jest to, że Zamawiający tylko wskutek prawidłowego przedmiotu zamówienia będzie mógł prawidłowo oszacować wartość zamówienia z należytą starannością. Wskazać należy, że przepisy ustawy pzp nie dają podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem jego ilości/wielkości, nawet w przypadku, gdy jego zapotrzebowanie jest trudno przewidywalne. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09), zgodnie, z którym *„przepis art. 29 ust. 1 ustawy nie daje podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zapotrzebowanie Zamawiającego jest trudno-przewidywalne. Sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów leczniczych, nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji”.* Stosownie do postanowienia art. 99 ust. 1 ustawy pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 99 ust.1 *in principio* ustawy Pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części usług lub dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z art. 29 tejże ustawy (arg. z wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05). Ponadto, jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (orzeczenie SO dla Warszawy – Pragi z 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05), *„niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby*

Zamawiającego (...), gdyż jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego”.

W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasada równości stron umowy”.

Należy mieć przy tym na uwadze, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem, zawartym w ofercie. Podkreślenia wymaga również fakt, że również zgodnie z dominującym poglądem doktryny Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, o ile Zamawiający wskaże minimalny próg, do jakiego zobowiązany będzie wykonać zamówienia, a który nie będzie w sposób znaczący odbiegać od wartości maksymalnych (W. Bertman-Janik „Zamówienia na leki”, Przegląd publiczne 2007 r., nr 4, s. 40)

Odwołujący podkreśla ponadto, że kwestionowane postanowienia SWZ nie pozwalają Wykonawcy na należyte skalkulowanie optymalnej ceny w swojej ofercie. Optymalna cena w ofercie Wykonawcy uzależniona jest bowiem od faktycznej, a nie szacowanej ilości, które zakupi Zamawiający. Tak, więc inna cena będzie dla maksymalnej ilości zadeklarowanej SWZ, a inna dla ilości pomniejszonych w myśl ww. postanowień SWZ. Przyjęcie możliwości dowolnego zmniejszenia wielkości zamówienia dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez Zamawiającego. Ponadto istotnym jest także, że rezultatem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywileje. Istnienie kwestionowanego zapisu w SWZ powoduje to, że tylko zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, co pozwala uznać je za niejasne, nieprecyzyjne, dowolne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia społecznego, winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty jak i potencjalnej umowy. Zasady te mają zapewnić równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (wyrok z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

Odwołujący dodatkowo podkreśla, iż opisane przez Zamawiającego warunki zmiany zamówienia w postaci zmniejszenia, są konstruowane w sposób niedookreślony. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach, z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie liczby

żywionych pacjentów -- i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Akceptacja zmiany zamówienia na zasadach określonych w SWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej stron postępowania – Zamawiającego, i stanowi nadużycie prawa.

W przedmiotowej kwestii KIO podobnie wypowiedziało się w wyrokach:

KIO z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07:

Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.

KIO z dnia 2 stycznia 2017 r. sygn. akt 2346/16

Zastrzeżenie przez zamawiającego w projekcie umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza, bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty.

Prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny, co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym

Odwołujący podnosi również, że zastrzeżenie dowolnego ograniczenia wielkości zamówienia jest również niezgodne z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. Zamawiający przyznał sobie bowiem w SWZ prawo do każdej, w tym także istotnej zmiany umowy. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp – zmiana umowy jest dopuszczalna, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Skuteczny i zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany, w tym ograniczenia zakresu rzeczowego umowy, wymaga, więc „jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres”. Umowa i SWZ niniejszego postępowania, dopuszcza dowolne ograniczenie zamówienia. Tym samym zastrzeżenie to narusza art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp, gdyż nie spełnia wymogu, co do jednoznacznego opisu zakresu zmiany. Dopuszczalna wielkość zmiany jest nieograniczona, co narusza wymogi, co do ww. klauzuli, a nadto stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego (prawa do kształtowania postanowień umownych) przysługujących zamawiającemu. Przedstawione stanowisko jest zgodne z opinią UZP, 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. 455 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. przestawienie 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](#)).

Istotnym jest również, że ww. zastrzeżenie jest niezgodne z pzp, gdyż nosi znamiona istotnej zmiany umowy. Istotna zmiana umowy o zamówienie publiczne zgodnie z art. 454 ustawy, wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zaznacza również, że zgodnie z treścią art. 72 Dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, w punkcie 109 preambuły Dyrektywy wskazano, 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 (presstext 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.

Odwołujący wskazuje, że brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron wpływa na decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg wykonawców zainteresowanych niewielkim wolumenem zamówienia jest inny, niż dużym.

II. WALORYZACJA NA PODSTAWIE ART. 439 USTAWY PZP

Zgodnie z art. 439 ust. 1i 2 pzp:

Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;*
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia;*
- 3) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub*

- 4) *przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;*
- 5) *sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;*
- 6) *maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.*

W zakresie dotyczącym Części I zamówienia, SWZ w ogóle nie zawiera postanowień w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia.

W zakresie dotyczącym Części I zamówienia SWZ zawiera następujące postanowienia (rozdz. XXVI WZÓR UMOWY Część II § 6 ust. 1 pkt 4 i ust. 6 i 9):

Wartość Umowy określona w § 4 ust. 2, jak również wynagrodzenie Wykonawcy za osobodzień mogą ulec podwyższeniu wyłącznie w przypadku, gdy Umowa jest wykonywana przez okres przenoszący 12 miesięcy i doszło do zmiany:

wysokości ceny materiałów niezbędnych do realizacji umowy w sytuacji ich wzrostu powyżej 5% w każdym roku w porównaniu do wskaźnika ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego obowiązującego w dniu podpisania umowy.

W przypadku zmiany wysokości ceny materiałów niezbędnych do realizacji umowy o której mowa w ust 1 pkt 4 wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie w drodze negocjacji nie więcej niż o wzrost różnicy wysokości ceny materiałów niezbędnych do realizacji umowy porównywalny do wysokości ceny materiałów niezbędnych do realizacji umowy w każdym roku obowiązywania umowy w odniesieniu do 50% wartości stawki 1 osobodnia.

Maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia przysługująca Wykonawcy w okresie obowiązywania umowy nie może przekroczyć 10% łącznej wartości określonej w § 4 ust 2

Termin realizacji zamówienia dla obu części określony w SWZ (rozdz VI SWZ) wynosi: 48 miesięcy.

Odwołujący podnosi, że:

- 1) w zakresie dotyczącym Części I zamówienia, Zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp, gdyż w SWZ w ogóle nie zawarł postanowień w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, podczas gdy zgodnie z art. 439 ww. ustawy, postanowienia te, ze względu na termin realizacji, są dla tej części obligatoryjne. Odwołujący zaznacza równocześnie, że przepis art. 439 pzp na 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.
- 2) w zakresie dotyczącym Części II zamówienia, Zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp ww. klauzula jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, gdyż:
 - a) nie zawiera wszystkich niezbędnych elementów, o których mowa w art. 439 pzp;
 - b) 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 waloryzacji;
 - c) rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

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 podnosi, że ww. klauzula waloryzacyjna, wbrew wymogom art. 439 pzp nie określa podstawy zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniających do wystąpienia o waloryzację oraz sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Wartość 5% wskazana w powyższych postanowieniach umownych odwołuje się do nieokreślonego wskaźnika GUS. Na skutek ww. wady wykonawca nie uzyskał wiedzy co do mechanizmu, który będzie stosowany w procesie aktualizacji jego wynagrodzenia. Ponadto zgodnie z przywołanymi postanowieniami umownymi, waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy, będzie ustalana w drodze negocjacji prowadzonych o nieznane wykonawcy w chwili ofertowania zasady, skutkiem czego w postępowaniu istnieje ryzyko, że wykonawca w ogóle nie otrzyma waloryzacji z dowolnych powodów lub też otrzyma waloryzację znikomą - pozorną.

W zakresie wymaganego wskaźnika zmiany ceny stosowanego w mechanizmie waloryzacyjnym Odwołujący podnosi, że Zamawiający wskazał, iż 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 SWZ żaden sposób sprecyzowany, nazwany lub w inny sposób zidentyfikowany. Odwołujący wskazuje, że wskaźniki publikowane przez GUS mogą dotyczyć wielu cen oraz w różnym ujęciu. 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 treść ww. klauzuli waloryzacyjnej może 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 treść ww. klauzuli waloryzacyjnej prowadzi 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 nie dopuszczalne.

Klauzula, o której mowa w art. 439 pzp, 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 usług niskomargowych. Oczywiście 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 nieznaczne 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, a 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 Kodeksu cywilnego, 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 sposób zastosowania (mechanizm) został w umowie wskazany w sposób jasny i nie umożliwiający 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. 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 Kodeksu cywilnego. 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 ustalane 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 powinnoś 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 konkurencyjności w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Odwołujący zaznacza także, że przerzucanie 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 konkurencyjne, gdyż wykonawcy konkurują w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia, co do wzrostu kosztów.

III. WALORYZACJA NA PODSTAWIE ART. 436 pkt 4 lit. b) USTAWY PZP

A. Zgodnie z rozdz. XXVI WZÓR UMOWY Część II § 6 ust. 9:

Maksymalna zmiana wysokości wynagrodzenia przysługująca Wykonawcy w okresie obowiązywania umowy nie może przekroczyć 10% łącznej wartości określonej w § 4 ust 2

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula sformułowana w umowie w zakresie dotyczącym ograniczenia maksymalnej wysokości waloryzacji w związku z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp jest sformułowana z naruszeniem art. 8 pzp i art. 58 Kodeksu cywilnego, a przede wszystkim niezgodnie z ww. art. 436 pkt. 4 lit. b) pzp. Skutkiem powyższego klauzula ta jest wadliwa i jako taka skutkuje jej nieważnością. Przepis art. 436 pkt. 4 lit. b) pzp wymaga natomiast, aby umowy na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawierały postanowienia aktualizacyjne.

Ustalona w umowie maksymalna graniczna wartość partycypacji Zamawiającego w pokryciu wzrostu kosztów wykonania zamówienia jest niezgodna z celem art. 436 pkt 4 lit. b) pzp, gdyż ze względu na nieznane i nieprzewidywalne zmiany prawa, które mogą nastąpić w czasie trwania zamówienia, nie gwarantuje aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy adekwatnie do ww. zmian. Maksymalna graniczna wartość partycypacji Zamawiającego w pokryciu wzrostu kosztów wykonania zamówienia, świadczy jednocześnie, że rzeczywistym celem realizowanym przez ww. klauzulę jest zniesienie obowiązku Zamawiającego do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o art. 436 pzp. Zgodnie z art. 436 pzp Zamawiający zobowiązany jest do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji

w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia, nie można przypisać zachowaniu polegającemu na formułowaniu wskaźników, podczas, gdy zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą, zmian wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp, powinna być odpowiednia. Na skutek ww. klauzuli Zamawiający zabezpieczył się przed rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu, co jest całkowicie sprzeczne z celem przepisu art. 436 pzp. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu 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 Kodeksu cywilnego. Na skutek ww. wady, nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 436 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa zmiana, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp, dawniej 142 ust. 5 pzp, zmiana wysokości wynagrodzenia powinna być odpowiednia.

Zgodnie ze stanowiskiem KIO, wyrażonym w wyroku z dnia 16 marca 2015 r., wydanym pod sygn. akt 413/15 „odpowiednie zmiany wysokości wynagrodzenia” należy bowiem tłumaczyć, jako „adekwatne”, czy „wprost proporcjonalne” do zmian wprowadzonych określonych przepisach prawa”. Kwestię rozumienia pojęcia „odpowiedniej zmiany wynagrodzenia” precyzował ponadto art. 1 pkt 2 ustawy dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2015, poz. 1153), zgodnie z którym w razie zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. ust. 3-5 ustawy dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz 2005 r. Nr 157, poz. 1314) cyt. „przez pojęcie „odpowiedniej zmiany wynagrodzenia” należy rozumieć sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego wynikających z podwyższenia wynagrodzeń poszczególnych pracowników, biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia, do wysokości wynagrodzenia minimalnego obowiązującej po zmianie przepisów lub jej odpowiedniej części, w przypadku osób zatrudnionych wymiarze niższym niż pełen etat”, zaś w razie zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, cyt. „przez pojęcie „odpowiedniej zmiany wynagrodzenia” należy rozumieć sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego oraz drugiej strony umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej, łączącej wykonawcę zamówienia publicznego z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, wynikającym z konieczności odprowadzenia dodatkowych składek od wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę o pracę lub na podstawie innej umowy cywilnoprawnej, zawartej przez wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia przy założeniu braku zmiany wynagrodzenia netto tych osób”.

B. Zgodnie z rozdz. XXVI WZÓR UMOWY Część II § 6 ust. 1:

Wartość Umowy określona w § 4 ust. 2, jak również wynagrodzenie Wykonawcy za osobodzień mogą ulec podwyższeniu wyłącznie w przypadku, gdy Umowa jest wykonywana przez okres przenoszący 12 miesięcy i doszło do zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług;
- 2) 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;
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

- 4) zmiany wysokości ceny materiałów niezbędnych do realizacji umowy w sytuacji ich wzrostu powyżej 5% w każdym roku w porównaniu do wskaźnika ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego obowiązującego w dniu podpisania umowy.

Odwołujący wskazuje, że regulacja ww. § 6 ust. 1 wzoru umowy narusza przepis art. 436 pkt. 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie obejmuje swoim zakresem zmian w przepisach o zasadach gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych. Odwołujący podkreśla, że zarówno przesłanki jak i zręby zasad waloryzacyjnych, zostały ustalone w art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanki i podstawy waloryzacyjne, są katalogiem zamkniętym. Katalog ten nie może być ograniczony z woli Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany stosować wprost podstawy i przesłanki waloryzacyjne, opisane w ww. art. 436 pkt 4 lit. b). Wobec powyższego, Odwołujący podnosi, że umowne wyłączenie ustawowych przesłanek waloryzacyjnych, jest sprzeczne w ww. 436 pkt 4 lit. b). Klauzula waloryzacyjna, która nie obejmuje wszystkich przesłanek enumeratywnie wskazanych w art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Pzp, jest klauzulą sformułowaną wadliwie i sprzecznie z prawem.

Ponadto, Odwołujący zaznacza, że ustawa Prawo zamówień publicznych, nie zawiera przepisów zwalniających Zamawiającego od stosowania wprost art. 436 pkt 4 lit. b) rzeczowej ustawy. Ograniczanie przesłanek waloryzacyjnych nie jest dozwolone tym bardziej ze względu na treść SWZ. Umowa zawarta z klauzulą waloryzacyjną w treści zaproponowanej jw. powoduje, że Wykonawca nie może wystąpić o waloryzację wynagrodzenia w zakresie dotyczącym PPK. *Przy braku zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy określonych w SIWZ (zasad aneksowania albo klauzul waloryzacyjnych), wynagrodzenie umowne będzie mogło zostać zmienione jedynie przez sąd na podstawie klauzul rebus sic stantibus lub w innych szczególnych przypadkach przewidzianych prawem*” (KIO 2451/15 z dnia 24 listopada 2015).

IV. ZMIANY UMOWY NIEZGODNIE Z ART. 455 PZP.

Zgodnie z rozdz. XXVI WZÓR UMOWY Część I § 9 ust. 1 i 2:

Zmiany umowy:

Możliwość skrócenia terminu realizacji umowy do 36 miesięcy.

Strony przewidują możliwość dokonania zmiany zawartej Umowy w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, tj. spowodowanych:

- 1) zmianą powszechnie obowiązujących przepisów prawa lub wynikających z prawomocnych orzeczeń lub ostatecznych aktów administracyjnych właściwych organów - w takim zakresie, w jakim będzie to niezbędne w celu dostosowania postanowień Umowy do zaistniałego stanu prawnego lub faktycznego,*
- 2) siłą wyższą - rozumianą jako wystąpienie zdarzenia nadzwyczajnego, zewnętrznego, niemożliwego do przewidzenia i zapobieżenia, którego nie dało się uniknąć nawet przy zachowaniu najwyższej staranności, a które uniemożliwia Wykonawcy wykonanie jego zobowiązania w całości lub części. W razie wystąpienia siły wyższej Strony Umowy zobowiązane są dołożyć wszelkich starań w celu ograniczenia do minimum opóźnienia w wykonywaniu swoich zobowiązań umownych, powstałego na skutek działania siły wyższej.*

zaś zgodnie z rozdz. XXVI WZÓR UMOWY Część II § 9 ust. 3:

Zamawiający może wypowiedzieć Umowę z zachowaniem 4-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia § 9 zarówno dla Części I jak i Części II noszą znamiona

klauzuli ograniczającej wielkość zamówienia, jak i klauzuli dotyczącej istotnej zmiany umowy. Na mocy przywołanych postanowień umownych, dopuszczalna jest istotna zmiana umowy. Okoliczności uzasadniające taką zmianę, nie zostały ustalone w umowie. Ponadto nie został ustalony także sposób rozliczeń stron, w przypadku, gdyby doszło do ww. ograniczenia.

Odwołujący zaznacza, że zmiana co do terminu realizacji umowy, ma istotny wpływ na wysokość ceny ofertowej. Mając na względzie, że przyczyna skrócenia terminu obowiązywania umowy jest dowolna, to Odwołujący nie wie, jakie założenia co do terminu realizacji zamówienia powinien przyjąć ustalając cenę ofertową. Niepewność, co do rzeczywistego terminu realizacji umowy, stoi w sprzeczności tak z art. 99 jak i art. 434 pzp. Termin realizacji umowy nie został wyznaczony w sposób pewny i konkretny. Skutkiem powyższego wykonawca nie jest w stanie ani skalkulować wszystkich ryzyk, związanych z realizacją kontraktu, ani wycenić kosztów realizacją zamówienia. Biorąc pod uwagę, że skrócenie kontraktu z dowolnej przyczyny może dotyczyć w przypadku Części I nawet 25% zamówienia, a ponadto biorąc pod uwagę, że w pozostałej części umowy, zamawiający może dowolnie ograniczyć wielkość lub zakres zamówienia, to wykonawca został pozbawiony możliwości skalkulowania ceny oferty.

Odwołujący podnosi, że z *postanowień art. 142 i 143 Prawa zamówień publicznych* (aktualnie 434 pzp) wynika, że *do essentialia negoti umowy o zamówienie publiczne należy określenie terminu realizacji zamówienia. Art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 41 pkt 6 ustawy wskazują, że termin wykonania zamówienia jest obligatoryjnym elementem tak ogłoszenia o zamówieniu publicznym jak i SIWZ. Określenie tego terminu ma bezpośrednie przełożenie na kalkulację ceny oferty, ma zatem wpływ na porównywalność złożonych ofert. Termin może być także elementem konkurencyjnym pomiędzy wykonawcami, w sytuacji, gdy stanowi kryterium oceny ofert. Termin wykonania zamówienia ma zatem istotne znaczenie dla sporządzenia oferty, musi być zatem określony w sposób pozwalający wykonawcom określić minimalny i maksymalny czasookres trwania przyszłej umowy w normalnym toku jej realizacji.*(wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r. sygn. akt: KIO 2408/12).

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że powodem i celem, dla których umowa o zamówienie publiczne co do zasady ma charakter terminowy, jest urzeczywistnienie zasady prowadzenia postępowania o zamówienie z zachowaniem równej konkurencji i przejrzystości postępowania. Terminowość umowy o zamówienie publiczne ma gwarantować porównywalność ofert złożonych w postępowaniu, wycenę ryzyk kontraktowych w zamkniętym horyzoncie czasowym, zbadanie przez Zamawiającego ewentualnej rażąco niskiej ceny w odniesieniu do znanych i przewidywalnych okoliczności i faktycznych tj. ma umożliwiać i zapewniać wyłonienie najlepszej oferty spośród ofert, złożonych w takich samych zamkniętych i przewidywalnych warunkach wynikających z SWZ. Dalszą konsekwencją art. 434 pzp jest zakaz formułowania przez Zamawiających postanowień umownych dopuszczających wypowiedzenie umowy lub odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z dowolnego powodu z jednoczesnym zniesieniem obowiązków odszkodowawczych zamawiającego względem wykonawcy. W mniejszym postępowaniu, Zamawiający uchybił ww. wymogom, gdyż zarówno w zakresie Części I jak i Części II sformułował postanowienia umożliwiające unicestwienie kontraktu przed terminem wyznaczonym w SWZ z dowolnej przyczyny. Całokształt postanowień umownych oraz przyjęta przez Zamawiającego konstrukcja wynagrodzenia oraz zakresu umowy, uchylają odpowiedzialność odszkodowawczą Zamawiającego względem wykonawcy za niewykonanie zobowiązań umownych lub zlecenie niepełnego zakresu zadań.

Ponadto, ograniczenie wskazane w zakresie Części I zamówienia - w § 9 dotyczy zdarzeń wywołanych siłą wyższą, w tym aktualnie zwłaszcza epidemią covid-19. Do ww. postanowienia umownego znajdują zastosowanie zarówno regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i ustawy Kodeks cywilny, w tym m.in. przepisy w zakresie dotyczącym tak swobody kontraktowania, jak i siły wyższej. Zgodnie z dobrymi praktykami, wypracowanymi na terenie RP od marca 2020 r. oraz standardami znanymi w prawie międzynarodowym przed 2020 r; podstawowymi elementami klauzuli, dotyczącej siły wyższej powinny być m.in.:

- 1) oświadczenie stron, co do świadomości obecnych ograniczeń i sytuacji rynkowej oraz zdolności do wykonania zobowiązań w warunkach istniejących na dzień zawarcia umowy;
- 2) regulacje dotyczące przewidywalnych zdarzeń obiektywnie utrudniających lub wyłączających możliwość wykonania zakresu obowiązków;
- 3) uzgodnienie stron, że wystąpienie czynnika o negatywnym wpływie, daje stronie umowy, dotkniętej działaniem takiego czynnika, prawo do skorzystania z uprawnień przewidzianych klauzulą w trybie tam opisanym;
- 4) uprawnienia strony, dotkniętej działaniem czynnika o negatywnym wpływie, powinny być skorelowane z jego naturą, a w szczególności faktem, czy jego wystąpienie jedynie znacząco utrudnia wykonanie zobowiązania, czy też je uniemożliwia;
- 5) rozstrzygnięcie o kosztach związanych z wystąpieniem czynnika o negatywnym wpływie i uruchomieniem uprawnień z nim powiązanych.

Klauzula sformułowana w § 9 projektu umowy zawiera ww. elementy klauzuli, dotyczącej siły wyższej, zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Na mocy postanowienia § 9 ust. 2 projektu umowy w zw. z § 4 ust. 4 i 8 wzoru umowy Zamawiający jest uprawniony do zredukowania wynagrodzenia wykonawcy o dowolną wielkość. Zamawiający ograniczając wielkość zamówienia, nie znosi jednocześnie, żadnego z innych, niż świadczenie pracy, obowiązków wykonawcy. Wykonawca jest więc zobowiązany np. do ciągłego utrzymywania w gotowości kadr niezbędnych do realizacji zamówienia zatrudnionych - zgodnie z umową - na umowę o pracę. Zamawiający nie rekompensuje kosztów ww. zatrudnienia, ani też żadnych innych kosztów, związanych z utrzymaniem gotowości usługi. Pomimo ponoszenia przez wykonawcę kosztów stałych kontraktu, Zamawiający ogranicza się wyłącznie do zapłaty za usługę w zrealizowanej faktycznie części, a więc bez kosztów utrzymania gotowości usługi. Z uwagi na powyższe, klauzula ta stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienie § 9 ust. 2 jest niekorzystne i dyskryminujące wobec wykonawcy, a nadto może być interpretowane jako wyzysk. Wykonawca został bowiem obciążony całością ryzyk, które mogą wystąpić w związku siłą wyższą, w tym również trwającą epidemią covid-19. Postanowienia umowne uwalniają Zamawiającego od wszelkich ciężarów, związanych wystąpieniem siły wyższej przy jednoczesnym utrzymaniu gwarancji podjęcia pełnej realizacji usługi przez wykonawcę na wezwanie tj. w dowolnym momencie i na dowolny czas. Postanowienia te nie mają więc na celu dostosowania umowy (stosunku prawnego) do sytuacji zmienionej siłą wyższą. Wyłącznym celem ww. postanowień jest ochrona Zamawiającego przed skutkami siły wyższej. Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron, wyrażoną w art. 431 pzp oraz swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353(1) Kodeksu cywilnego. Ze względu na cel ww. regulacji uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący podnosi również, że oba ww. postanowienia § 9 ust. 1 i 2 wzoru umowy nie spełniają wymogów art. 455 ust. 1 pzp tj. nie zawierają wymaganych ww. przepisem pzp elementów warunkujących zmianę umowy.

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia umowne są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż dopuszczają 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 ogólnego umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienia umowne nie zawierają żadnego z przywołanych elementów wymaganych ustawą pzp, to są one sprzeczne z ww. ustawą. Uwagi wymaga również, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniu umownych 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. przestawienie 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 (presstext 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.

W związku z tym 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 Zamawiającego, co stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą przejrzystości.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi, jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.