

Łódź, dnia 21 marca 2025 roku

Do: Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku
ul. Jana Kilińskiego 1, 15-089 Białystok
NIP: 5420211717;
E-mail: zampubl@umb.edu.pl
Telefon: +48857485625
<https://www.umb.edu.pl/>

Odwołujący: „IZAN+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
KRS: 0000171397; NIP: 7960001798
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
Tel. +48 426405777
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowany przez pracownika – Anitę Bieńkowską

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej progu unijnego pt. *Świadczenie usług utrzymania czystości w budynkach Uczelni, terenu zewnętrznego przy WNOZ i CSM oraz przy Centrum Radiofarmacji wraz z obsługą szatni i ochroną obiektów należących do Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku, z podziałem na 20 części* ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2025 roku pod numerem: 156594-2025, numer wydania: Dz.U. S: 49/2025, numer referencyjny postępowania: AZP.25.2.6.2025.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – „Izan+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U.2024 poz. 1320 j.t. - zwanej dalej „Pzp”), niniejszym **wnoszę odwołanie w stosunku do wszystkich części, na które jest podzielone zamówienie, na:**

- I. **Sprzeczną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy tj.**
 1. Brak określenia w projektowanych postanowieniach umownych minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia Wykonawcy, jakiego można dokonać Zamawiający, mimo wskazania, że zadeklarowana przez Zamawiającego powierzchnia do sprzątnięcia ma charakter „przewidywany”;
 2. Określenie projektowanych postanowień umownych w zakresie przewidywalnej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku wzrostu kosztów wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z Pzp;
 3. Brak dopuszczenia w projektowanych postanowieniach umownych możliwości wypowiedzenia umowy, co świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasad równowagi Stron, zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności;

4. Określenie w projektowanych postanowieniach umownych rażąco krótkiego terminu na przedstawienie wniosków o zmianę wynagrodzenia w związku ze zmianą przepisów prawa na podstawie art. 436 Pzp, co może prowadzić do uniemożliwienia Wykonawcy uzyskania waloryzacji wynagrodzenia;
5. Określenie w projektowanych postanowieniach umownych rażąco krótkiego terminu na uzupełnienie wniosków o zmianę wynagrodzenia w związku ze zmianą przepisów prawa na podstawie art. 436 Pzp, co może prowadzić do uniemożliwienia Wykonawcy uzyskania waloryzacji wynagrodzenia;

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** – poprzez brak określenia w załączniku nr 5 do SWZ – wzorze umowy dot. części 1,2,5,6,8,9,11,12,15,16,18 oraz wzorze umowy dot. części 3,4,7,10,13,14,17,19 oraz wzorze umowy dot. części 20 – minimalnej wartości lub wielkości zamówienia, jakiego może dokonać Zamawiający, mimo wskazania, że zadeklarowana przez Zamawiającego powierzchnia do sprzątania ma charakter „przewidywany”;
- 2) **art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp w zw. w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „K.c.”)** – poprzez określenie i opisanie w §5 ust. 4 załącznika nr 5 do SWZ – wzorze umowy dot. części 1,2,5,6,8,9,11,12,15,16,18 oraz §6 ust. 4 załącznika nr 5 do SWZ wzorze umowy dot. części 3,4,7,10,13,14,17,19 oraz §8 ust. 1.3. załącznika nr 5 wzorze umowy dot. części 20 – możliwości waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy pokrywającej 50% wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy i wskazanie, że pozostałe 50% stanowią ryzyko działalności gospodarczej Wykonawcy, podczas gdy art. 436 Pzp nie przewiduje możliwości wprowadzenia przez Wykonawcę maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia;
- 3) **Art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez brak określenia w załączniku nr 5 do SWZ – wzorze umowy dot. części 1,2,5,6,8,9,11,12,15,16,18 oraz wzorze umowy dot. części 3,4,7,10,13,14,17,19 oraz wzorze umowy dot. części 20 – możliwości wypowiedzenia Umowy przez Strony umowy o realizację zamówienia publicznego;
- 4) **Art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** – poprzez określenie w załączniku nr 5 do SWZ, §5 ust. 5 wzoru umowy dot. części 1,2,5,6,8,9,11,12,15,16,18, załączniku nr 5 do SWZ, §6 ust. 5 wzoru umowy dot. części 3,4,7,10,13,14,17,19 oraz załączniku 5 do SWZ, §8 ust. 1.4. wzoru umowy dot. części 20 – rażąco krótkiego terminu na złożenie wniosku o zmianę wynagrodzenia Wykonawcy;
- 5) **Art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** – poprzez określenie w załączniku nr 5 do SWZ, §5 ust. 13 wzoru umowy dot. części 1,2,5,6,8,9,11,12,15,16,18, załączniku nr 5 do SWZ, §6 ust. 13 wzoru umowy dot. części 3,4,7,10,13,14,17,19 oraz załączniku 5 do SWZ, §8 ust. 1.12. wzoru umowy dot. części 20 – rażąco krótkiego terminu na uzupełnienie wniosku o zmianę wynagrodzenia Wykonawcy;

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. W zakresie zarzutu 1 – zmianę załączników w nr 5 do SWZ – wzorów Umowy dot. wszystkich części zamówienia poprzez dodanie do wszystkich wzorów Umów postanowienia następującej treści: *Zamawiający gwarantuje minimalną wielkość przedmiotu zamówienia na poziomie 90%.*

2. W zakresie zarzutu nr 2 – zmianę załącznika nr 5 do SWZ §5 pkt. 4 – wzoru Umowy dot. 1,2,5,6,8,9,11,12,15,16,18 oraz §6 pkt. 4 wzoru umowy dot. części 3,4,7,10,13,14,17,19 oraz §8 pkt. 1.3. wzoru Umowy dot. części 20 przez nadanie mu następującej treści: *We wszystkich przypadkach określonych w ust. 3, Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy.;*
3. W zakresie zarzutu 3 – zmianę załączników nr 5 do SWZ – wzorów Umowy dot. wszystkich części zamówienia poprzez dodanie we wszystkich wzorach Umowy postanowienia następującej treści: *Każda ze stron może wypowiedzieć Umowę z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca, bez konieczności podawania przyczyny wypowiedzenia.;*
4. W zakresie zarzutu 4 – zmianę załącznika nr 5 do SWZ §5 ust. 5– wzoru Umowy dot. 1,2,5,6,8,9,11,12,15,16,18 oraz §6 ust. 5 wzoru umowy dot. części 3,4,7,10,13,14,17,19 oraz §8 pkt. 1.3. wzoru Umowy dot. części 20 poprzez nadanie mu następującej treści: *Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem, o którym mowa w ust. 4., po opublikowaniu (zgodnie z przepisami obowiązującego prawa) zmian przepisów prawa, będących podstawą wnioskowania o zmianę wynagrodzenia, nie później jednak niż w terminie 60 dni do dnia wejścia w życie tych zmian.;*
5. W zakresie zarzutu 5 – zmianę załącznika nr 5 do SWZ §5 ust. 13 – wzoru Umowy dot. 1,2,5,6,8,9,11,12,15,16,18 oraz §6 ust. 13 wzoru umowy dot. części 3,4,7,10,13,14,17,19 oraz §8 pkt. 1.12. wzoru Umowy dot. części 20 poprzez nadanie mu następującej treści: *Złożenie przez Wykonawcę wniosku, o którym mowa w ust. 4, niespełniającego wymagań, nie będzie uznane za skuteczne, jeżeli Wykonawca nie uzupełni, na pisemne żądanie Zamawiającego, w terminie określonym przez Zamawiającego nie krótszym niż 30 dni, wniosku lub dokumentów uzasadniających wniosek.;*

IV. Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem Odwołujący jest Wykonawcą, który wykonuje usługi sprzątnia oraz transportu pacjentów szpitali w całej Polsce, i w związku z tym jest zainteresowany udziałem w postępowaniu przetargowym oraz zawarciem umowy na której treść składa odwołanie, jednocześnie nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, a Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp – w związku z czym posiada interes prawny i faktyczny aby dokumenty zamówienia były zgodne z obowiązującym prawem.

V. wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od wniesionego odwołania.

UZASADNIENIE

W dniu 11 marca 2025 roku Zamawiający ogłosił wszczęcie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne pn. *Świadczenie usług utrzymania czystości w budynkach Uczelni, terenu zewnętrznego przy WNOZ i CSM oraz przy Centrum Radiofarmacji wraz z obsługą szatni i ochroną obiektów należących do Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku, z podziałem na 20 części.*

Wobec powyższego Odwołujący zachował termin do wniesienia niniejszego odwołania na treść ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub na treść dokumentów zamówienia – określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) Pzp, jako że odwołanie wobec treści ogłoszenia lub treści SWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

Postępowanie prowadzone jest z naruszeniem przepisów Pzp, z przyczyn szczegółowo podanych niżej:

Uzasadnienie zarzutu nr 1

W formularzu cenowym przygotowanym przez Zamawiającego, stanowiącym załącznik nr 1a do SWZ wskazano „Przewidywaną powierzchnię do sprzątnięcia w okresie jednego miesiąca (w m²).” Takie sformułowanie może budzić wątpliwości oraz prowadzić do konfliktów interpretacyjnych, a na etapie realizacji Zamówienia dawać Zamawiającemu prawo do nieuzasadnionego zmniejszenia wartości zamówienia.

Na wstępie należy wskazać, że art. 433 pkt. 4 Pzp stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Chociaż Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przewidział wprost możliwości ograniczenia zakresu zamówienia, to treść formularza cenowego sugeruje, że powierzchnia do sprzątnięcia, będąca przedmiotem Zamówienia, jest powierzchnią przewidywaną, co z kolei oznacza, że może ona się zmienić w trakcie realizowania usługi (w tym może się zmniejszyć).

Takie ukształtowanie treści formularza cenowego może doprowadzić do tego, że w trakcie realizacji Usługi sprzątnięcia Zamawiający zmniejszy powierzchnię do sprzątnięcia, a co za tym idzie wynagrodzenie Wykonawcy również ulegnie stosownemu zmniejszeniu. W takiej sytuacji Zamawiający, kierując się dosłownym brzmieniem formularza cenowego, mógłby – korzystając z niejasnego brzmienia formularza – wywodzić, że powierzchnia do sprzątnięcia była jedynie „przewidywana”, a więc że mogła ulec zmianie.

Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN przewidzieć oznacza „przeczuć, domyślić się, co będzie, co może nastąpić” a przewidywanie oznacza „to, co ktoś przewiduje, przypuszcza, czego się spodziewa, domyśla”.

Wykonawcy podkreślają, że decydując się na realizację zamówienia publicznego, potrzebują pewności dotyczącego uzyskiwanego wynagrodzenia. W szczególności sytuacja, w której Zamawiający, w trakcie realizacji Zamówienia – które będzie realizowane przez 36 miesięcy – zmieni powierzchnię do sprzątnięcia, będącą zaledwie powierzchnią „przewidywaną” może doprowadzić do tego, że Wykonawca nie uzyska spodziewanego wynagrodzenia.

Wobec powyższego projektowane postanowienia Umowne przygotowane przez Zamawiającego mogą naruszać art. 433 pkt 4 wskazującego, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Jak wskazuje się w doktrynie:

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia. (<https://www.wprzetargach.pl/kategorie/umowa-i-zmiany-umowy-pzp2019/ograniczenie-zakresu-zamowienia-bez-wskazania-minimalnej-wartosci-lub-wielkosci-swiadczenia-stron>)

W wyroku z dnia 10 grudnia 2021 r., KIO 2864/21, KIO 2872/21, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Art 433 ustawy Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę.”

Zgodnie z uzasadnieniem projektu do ustawy Pzp „skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszenia konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.”

Stąd, w celu zabezpieczenia słuszych interesów Wykonawcy, konieczne jest wprowadzenie do Umowy postanowienia o treści: *Zamawiający gwarantuje minimalną wielkość przedmiotu zamówienia na poziomie 90%*. Wprowadzenie takiego postanowienia pozwoli uniknąć wątpliwości wskazanych powyżej.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W załącznikach nr 5 do SWZ – wzorach Umów – wskazano:

We wszystkich przypadkach określonych w ust. 3, Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, przy czym Zamawiający może sfinansować maksymalnie 50 % wzrostu wynagrodzenia bądź minimalnej stawki godzinowej, zaś pozostałe 50 % stanowią ryzyko działalności gospodarczej Wykonawcy.

Postanowienie powyższe odnosi się do postanowienia dotyczącego zmiany Umowy na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp (§5 ust. 3 Projektu umowy), natomiast Zamawiający – błędnie – wprowadził limitowanie zmiany wynagrodzenia, nieznanemu przepisowi.

Po pierwsze należy wskazać, że art. 436 Pzp nie przewiduje możliwości limitowania wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy ani nie przewiduje wprowadzenia przez Zamawiającego

maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jak to przewidział Ustawodawca art. 439 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, instytucje uregulowane w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp oraz w art. 439 ustawy Pzp stanowią dwie odrębne podstawy do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Pierwszy z ww. przepisów nakazuje wprowadzenie do umowy postanowień aktualizujących wynagrodzenie wykonawcy w razie zaistnienia okoliczności mających wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, a które następują na skutek zmian powszechnie obowiązującego prawa. Drugi przepis ma za zadanie zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, która może zostać zaburzona w wyniku zmian stosunków gospodarczych czyli zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Sposób zmiany wynagrodzenia określony w przepisie art. 436 pkt lit. 4 b) Ustawy Pzp jest odmienny od sposobu zmiany określonej w art. 439 Pzp. Charakter tych regulacji jest zasadniczo odmienny i w związku z tym Zamawiający nie może stosować zasad przewidzianych przez ustawodawcę dla regulacji zawartej w art. 439 Pzp w sposób rozszerzający.

Biorąc pod uwagę powyższe, zastrzeżenie Zamawiającego, że sfinansuje maksymalnie 50% wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy jest niezgodne z Ustawą, gdyż skutkuje uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy w okolicznościach wymienionych w art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy.

Wykonawca podkreśla, że waloryzacja wynagrodzenia określonego w umowie musi nastąpić w takim stopniu oraz w takim zakresie, w jakim wynika to ze zmiany przepisów oraz w jakim dotyczy danego wykonawcy, tj. z uwzględnieniem konkretnego (mierzalnego) wpływu zaistniałych zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych na wzrost (lub też obniżenie) kosztów realizacji zamówienia przez danego wykonawcę (zob. wyrok z dnia 5 września 2018 r., KIO 1681/18).

Innymi słowy, zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy powinno nastąpić w takim stopniu, w jakim zmiany prawa, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp, wpływają na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W związku z powyższym, brak jest uzasadnienia dla limitowania zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli podyktowana jest ona okolicznościami, o których mowa w ww. przepisie.

W zakresie zarzutu nr 3

Zgodnie z art. 431 Pzp Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej "umową", w celu należytej realizacji zamówienia.

Brak możliwości wypowiedzenia Umowy przez cały okres realizacji usługi przez Wykonawcę znacząco zaburza prawa wykonawcy oraz symetrię stron. W przypadku bowiem, gdy w Umowie nie znajdzie się żadne postanowienie umożliwiające Wykonawcy wypowiedzenie Umowy, Wykonawca, w przypadku nieoczekiwanej zmiany stosunków, takich jak np. wystąpienie

nagłej inflacji albo innych, nieoczekiwanych zmian na rynku, mogących sprawić, że realizacja Usługi przez Wykonawcę będzie dla niego kompletnie nieopłacalna będzie musiał realizować umowę bez osiągnięcia zysku.

Jak podkreśla się w doktrynie, wprowadzenie tej zasady do Pzp ma na celu zaakcentowanie partnerskiego podejścia stron przy realizacji Umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W komentarzach do art. 431 Pzp wskazuje się, że obowiązek współdziałania Zamawiającego i wykonawcy oznacza, że każda ze stron umowy jest obowiązana w trakcie jej realizacji zważać na uzasadniony interes kontrahenta oraz nie podejmować działań, które utrudniałyby, komplikowałyby czy uniemożliwiałyby realizację zamówienia. Niekiedy obowiązek współdziałania oznaczał będzie konieczność zaniechania pewnych działań. W innych sytuacjach może jednak oznaczać konieczność podjęcia określonych czynności, które usprawnią lub wręcz umożliwią rozpoczęcie lub kontynuację wykonywania umowy przez drugą stronę. (<https://komentarzpzp.pl/strona-glowna/dzial-vii/rozdzial-1/art-431/komentarz-do-art-431-ustawy>)

Niewątpliwie ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w taki sposób, by uniemożliwić Wykonawcy wypowiedzenie od Umowy, stanowi przykład działania sprzecznego z normą wyrażoną w art. 431 Pzp.

Przepis art. 431 ustawy Pzp niemal dosłownie powtarza postanowienia art. 354 § 1 i 2 k.c., normującego obowiązek współpracy stron przy wykonaniu zobowiązania. Wskazane przepisy Kodeksu cywilnego stanowią, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, zaś wierzyciel w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania.

Postrzeganie art. 431 ustawy Pzp jedynie w kategoriach powtórzenia regulacji kodeksowej wydaje się jednak nieuprawnione. Traktować należy go raczej jako wyekspansowanie wynikającego bezpośrednio z mocy prawa obowiązku współpracy zamawiającego i wykonawcy, jako wierzyciela (i zarazem dłużnika w zakresie zapłaty) oraz dłużnika (i zarazem wierzyciela w zakresie roszczenia o zapłatę).

Dlatego uprawniony jest pogląd J. Jerzykowskiego, że art. 431 ustawy Pzp ma także wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron. Naruszenie zasady proporcjonalności poprzez zbyt restrykcyjne obowiązki nałożone na wykonawcę prowadzi zatem do zachwiania równowagi stron i naruszenia konkurencji (art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp). (<https://www.kzp.net.pl/opracowania/wzor-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego/>)

Powyższe uwagi dotyczą nie tylko współpracy Zamawiającego z Wykonawcą na etapie realizacji Umowy, ale także przygotowania przez Zamawiającego projektowanych postanowień umownych.

Należy bowiem zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15, w którym Izba stwierdziła, że ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu

cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego.

Zatem w świetle orzecznictwa Izby uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

W zakresie zarzutu 4

Powyższe uwagi dotyczące art. 431 Pzp oraz obowiązku współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą należy odnieść również do wprowadzonych w załącznikach nr 5 do SWZ – wzorach Umowy – zasad dotyczących ubiegania się przez Zamawiającego o zmianę wynagrodzenia.

Zamawiający określił w projekcie Umowy następujące zasady ubiegania się przez Wykonawcę o zmianę wynagrodzenia: *Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem, o którym mowa w ust. 4., po opublikowaniu (zgodnie z przepisami obowiązującego prawa) zmian przepisów prawa, będących podstawą wnioskowania o zmianę wynagrodzenia, nie później jednak niż w terminie 14 dni do dnia wejścia w życie tych zmian (§5 pkt. 5 Umowy).*

Takie ukształtowanie obowiązków stron stanowi naruszenie art. 431 Pzp oraz stanowi naruszenie obowiązku zachowania równowagi stron. Ukształtowanie obowiązków stron w sposób, w jaki uczynił to Zamawiający, prowadzi w istocie do tego, że Wykonawca praktycznie traci możliwość uzyskania zwiększonego wynagrodzenia.

Należy zwrócić uwagę, że przygotowanie wniosku o zmianę wynagrodzenia w związku ze zmianą przepisów np. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę wymaga znacznego nakładu pracy, przygotowania zestawień oraz wykonania stosownych obliczeń. Praktycznie niemożliwe jest przygotowanie takiego wniosku w ciągu 14 dni od zmiany przepisów w tym zakresie – a to od momentu wejścia w życie przepisów Wykonawca może powziąć wiedzę o tym, jak zmieniły się jego koszty w związku z tą zmianą.

Tak więc wprowadzenie możliwości ubiegania się o waloryzację wynagrodzenia przez Zamawiającego jest w istocie iluzoryczne, a takie ukształtowanie przez Zamawiającego postanowień Umowy prowadzi do tego, że uzyskanie przez Wykonawcę waloryzacji będzie bardzo utrudnione.

Konieczne jest więc umożliwienie Wykonawcy złożenie wniosku o zmianę wynagrodzenia w dłuższym okresie czasu, tak by Wykonawca mógł zbadać, jak zmieniły się jego koszty oraz przygotować stosowny wniosek.

Na marginesie Wykonawca wskazuje, że waloryzacja przewidziana przez Ustawodawcę w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy Pzp musi nastąpić w takim stopniu oraz w takim zakresie, w jakim wynika to ze zmiany przepisów i od momentu wejścia w życie zmiany przepisów. Tak więc zmiana wynagrodzenia Wykonawcy zachodzi niejako automatycznie, w momencie zmiany przepisów.

Jak bowiem słusznie podkreśla się w orzecznictwie umowy zawierane po 19 października 2014 r. powinien cechować pewien automatyzm rozumiany w ten sposób, że „o ile zaistnieje jedna z okoliczności z art. 436 ust. 4 lit b) to uruchomiona zostanie przewidziana w kontrakcie procedura waloryzacji wynagrodzenia, która przebieg będzie wg określonych w niej zasad.

Na gruncie art. art. 436 ust. 4 lit b) nie określono mechanizmu zmiany wynagrodzenia. Przepis ten ogranicza się tylko i wyłącznie do ustanowienia obowiązku wprowadzenia stosownych postanowień do umowy, bez określania ich szczegółowej treści. Redakcja omawianego przepisu wskazuje jednakże, iż nie chodzi w tym przypadku o wprowadzenie do umowy warunków zmiany umowy, lecz mechanizmu działającego niejako automatycznie, na podobieństwo klauzuli waloryzacyjnej (vide: Jarosław Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, Opublikowano: LEX 2014).

Mechanizm zmian dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace bądź zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym czy ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne czy zdrowotne na koszty wykonania zamówienia - w myśl art. 436 ust. 4 lit b) - [ma] działać niejako automatycznie (vide: Olszewska Maria, Zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Opublikowano: M.Zam.Pub. 2016/2/40-43).

Nieuzasadnione jest więc wprowadzanie terminu na złożenie dokumentów, po którym ubieganie się o zmianę wynagrodzenia Wykonawcy będzie nieskuteczne. Takie ukształtowanie uprawnień Zamawiającego jest w istocie nadużyciem prawa oraz prowadzi do rażącego zachwiania pozycji stron stosunku prawnego. **Możliwe jest wyłącznie wprowadzenie terminu instrukcyjnego na złożenie wniosku o waloryzację wynagrodzenia – jako że, jak wskazano wyżej, de facto zmiana Wynagrodzenia wykonawcy dochodzi do skutku w momencie zmiany przepisów prawa.**

Powyższe twierdzenia poparte są orzecznictwem Sądów. Sąd Rejonowy w Białymstoku w sprawie toczącej się pod sygnaturą VIII GC 205/24 wskazał:

„Skoro to zdarzenia zewnętrzne determinują moment wejścia w życie zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 ZamPubU, to koniecznym jest, aby konsekwencje tych zmian znalazły odzwierciedlenie w treści stosunku prawnego łączącego zamawiającego i wykonawcę w terminie, w którym te zmiany weszły w życie. Każdy inny termin wprowadzenia zmian w życie (a tym bardziej jego brak) budzi uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy nie mamy do czynienia z niedozwolonymi negocjacjami między stronami umowy. Waloryzacja winna nastąpić automatycznie, a nowa wysokość wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie odpowiednich przepisów (od tego dnia wzrastają koszty wykonawcy). Sąd w niniejszej sprawie w pełni aprobuje przytoczone stanowisko KIO, jak i pozostałe powołane przez powodów w pozwie oraz odpowiedzi na sprzeciw od nakazu zapłaty, które w pełni znajdują przełożenie na realia przedmiotowego przypadku. Powyższe potwierdza, iż sporna waloryzacja wynagrodzenia winna nastąpić automatycznie wraz z wejściem w życie przepisów zmieniających wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, a pozwany jako zamawiający nie mógł umową wprowadzić terminu na złożenie wniosku o zmianę wynagrodzenia wykonawcy o charakterze materialno- prawnym, by uchylić się od skutków zmian przepisów w tym zakresie. Stąd też termin z § 5 ust. 13 umowy traktować należy jako co najwyżej instrukcyjny”.

W zakresie zarzutu 5

Powyższe uwagi należy odnieść również do postanowienia zawartego w załącznikach nr 5 do SWZ – projektach Umów o treści:

Złożenie przez Wykonawcę wniosku, o którym mowa w ust. 4, niespełniającego wymagań, nie będzie uznane za skuteczne, jeżeli Wykonawca nie uzupełni, na pisemne żądanie Zamawiającego, w

terminie określonym przez Zamawiającego nie krótszym niż 5 dni, wniosku lub dokumentów uzasadniających wniosek.

Takie ukształtowanie uprawnień stron w zakresie ubiegania się o waloryzację wynagrodzenia prowadzi do tego, że możliwość ubiegania się o zmianę przybiera charakter wyłącznie iluzoryczny oraz daje Zamawiającemu znaczną przewagę w tym zakresie, co w konsekwencji może doprowadzić do sporów w tym zakresie oraz uniemożliwić Wykonawcy uzyskanie należnej mu zmiany wynagrodzenia.

Termin pięciodniowy zaproponowany przez Zamawiającego jest bowiem zdecydowanie zbyt krótki, by przygotować odpowiednie dokumenty. Należy zwrócić uwagę, że wnioski Wykonawców dotyczące waloryzacji wynagrodzenia są wnioskami wymagającymi dużej ilości obliczeń, do których wykonania potrzeba czasu. W przypadku, gdy Zamawiający udzieli Wykonawcy jedynie 5 dni na ich przedstawienie – jak wskazano w projektach Umów – Wykonawca może zostać pozbawiony przysługującego mu, należnego wynagrodzenia.

Wobec powyższego, wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

- I. pełnomocnictwo;
- II. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
- III. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.