

Wrocław, dnia 12 marca 2024 r.

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

Odwołujący:

Impel S.A.
ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław
NIP: 8990106769
Numer telefonu: 727 003 567
Adres poczty elektronicznej: k.stefanska@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Kamila Stefańska - Pełnomocnik

Zamawiający:

Muzeum Gdańska
ul. Długa 46/47; 80-831 Gdańsk
NIP 5831012014
Numer telefonu: 58 573 31 28
Adres poczty elektronicznej: kancelaria@muzeumgdansk.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023, poz. 1605 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług ochrony osób i mienia w obiektach Muzeum Gdańska”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Ogłoszenie nr 2024/BZP 00236424/01 z dnia 2024-03-07.
Świadczenie usług ochrony osób i mienia w obiektach Muzeum Gdańska.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

- 1) art. 112 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w SWZ;
- 2) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie opisanie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

UZASADNIENIE

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.

W dniu 07 marca 2024 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego postanowienia projektu umowy naruszają przepisy ustawy prawo zamówień publicznych.

1.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w treści SWZ w Rozdziale III pkt. 1.4 SWZ postawił następujący warunek udziału:

„1.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

1) warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie, co najmniej trzy usługi (rozumiane jako oddzielne umowy) polegające na co najmniej bezpośredniej ochronie fizycznej osób i mienia w instytucji kultury, w której są gromadzone i udostępniane do zwiedzania dobra kultury narodowej podlegające ustawie z dnia 21 listopada 1996r. o muzeach (t.j. Dz.U z 2022 poz.385) oraz wpisanego do Państwowego Rejestru Muzeów o którym mowa w art. 13 ustawy z dnia 21 listopada 1996r. o muzeach, o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 netto zł każda, przy czym każda usługa była świadczona całodobowo przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy. Kwota 2 000 000,00zł netto dotyczy wartości usługi za okres nie więcej niż 12 miesięcy. Wykonawca musi załączyć dowody potwierdzające, że każda z tych usług została wykonana lub jest wykonana należycie.*

** Jeżeli Wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu wykaże, że nadal wykonuje zamówienie, Zamawiający wymaga, aby to zamówienie było wykonywane przez okres co najmniej 12 miesięcy przed dniem upływu terminu składania ofert oraz spełniało pozostałe wymagania,”*

(...)

„W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek opisany w pkt. 1.1.4 ppkt 1, zostanie spełniony, jeżeli wymagane doświadczenie będzie posiadał co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania opisanego doświadczenia.”

W opinii Odwołującego opisany przez Zamawiającego w SWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, stanowi warunek nadmierny na gruncie przepisu art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych i nie znajduje żadnego uzasadnienia w celu postępowania, jakim jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający wprowadził w obecnym postępowaniu prowadzonym w 2024 r. ww. warunek udziału w postępowaniu, dotyczący liczby usług na poziomie trzech usług, który jest nadmierny i nieproporcjonalny przedmiotu zamówienia. Ponadto, Zamawiający ograniczył okres referencyjny do 3 lat, liczonych wstecz od terminu składania ofert oraz wprowadził wymóg przedstawienia usług o wartości 2.000.000 zł **netto – każda z usług**.

Odwołujący wskazuje, że w celu zwiększenia konkurencyjności w postępowaniu niezbędne jest obniżenie zakresu wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu poprzez dokonanie przez Zamawiającego zmian, dotyczących zarówno ograniczenia liczby wymaganych usług do dwóch usług (gdyż już taka liczba jest gwarancją powtarzalności prawidłowej realizacji umów), jak i wydłużenia okresu referencyjnego do 5 lat wstecz przed terminem składania ofert oraz zmniejszenia wartości każdej z usług do kwoty 2.000.000 zł **brutto**.

Odwołujący zauważa również, że proponowany przez Zamawiającego warunek, cyt.:

„w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek opisany w pkt. 1.1.4 ppkt 1, zostanie spełniony, jeżeli wymagane doświadczenie będzie posiadał co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania opisanego doświadczenia”

ma charakter nadmierny, gdyż nie uwzględnia przypadku, gdy usługi na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, realizowane były wspólnie przez np. konsorcjum podmiotów XYZ lub spółkę cywilną, które w tym samym składzie zamierza ubiegać się o przedmiotowe zamówienie publiczne. W takim przypadku całe konsorcjum/spółka cywilna, jako Wykonawca, spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdyż realnie i bezpośrednio zrealizowało usługi, objęte warunkiem udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w prowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne określił poziom wymaganego doświadczenia w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, czym bez uzasadnionej przyczyny, bezpodstawnie ograniczył konkurencję w postępowaniu. Powyższe warunki udziału, nie znajdują usprawiedliwienia w realnych powodach (potrzebach zamawiającego), które stopień ograniczenia konkurencji mogą sankcjonować i uzasadniać (wyrok KIO 233/11).

Odwołujący podkreśla, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych, zamawiający ma prawo i obowiązek opisanie, jak będzie oceniał ich spełnianie przez wskazanie minimalnych wymagań, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Zamawiający kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.” (KIO 1721/11).

Celem przepisu art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych jest umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom nie podlegającym wykluczeniu z postępowania, a posiadającym wymagane uprawnienia, potencjał, wiedzę i doświadczenie, którzy w przypadku uzyskania zamówienia publicznego zdolni będą do jego należytego wykonania.

Zgodnie z aktualną regulacją, zawartą w art. 112 ustawy prawo zamówień publicznych, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 ww. przepisu, powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Istotne w ocenie Odwołującego jest wskazanie, iż opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, który nie jest proporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Opis warunków powinien być dokonywany „przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia”. Ponadto opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy, zdolnego do realizacji zamówienia. Opis warunków udziału w postępowaniu dokonany przez zamawiającego nie może zatem wykroczyć poza ten cel.

Jak powszechnie wiadomo, zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, wynikają wprost z art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych i są fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek ich przestrzegania zarówno w fazie przygotowywania, jak i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także przy opracowywaniu specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający musi postępować tak, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i w przyszłości równo traktować wszystkich wykonawców.

Ponadto drugą równie istotną, co zachowanie uczciwej konkurencji, zasadą, sprecyzowaną przez ustawodawcę w art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych, jest zasada przejrzystości i proporcjonalności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, że Zamawiający zobligowany jest do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania, jak i przeprowadzenia tegoż postępowania. W szczególności Zamawiający zobowiązany jest do opracowania specyfikacji warunków zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wszystkich Wykonawców. Za niezgodne z przedmiotową zasadą będzie opisywanie przedmiotu zamówienia, w sposób który uniemożliwił będzie dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych.

Orzecznictwo KIO oraz Sądu Okręgowego w Warszawie potwierdza wyrażony wcześniej pogląd o możliwości określania kryteriów oceny spełniania warunków (opisu sposobu spełniania warunków), o ile sformułowane są one w sposób obiektywny nie naruszający zasad uczciwej konkurencji. Ustawa dopuszcza bowiem stawianie kryteriów obiektywnych, zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji, mających na względzie charakter i zakres udzielanego zamówienia, które prowadzą do obiektywnej weryfikacji zdolności wykonawców pod względem ich zdolności do należytego wykonania zamówienia publicznego.

Potwierdzeniem znaczącego ograniczenia konkurencyjności postępowania oraz nieproporcjonalności postawionego warunku udziału w postępowaniu jest fakt, że w kolejnych postępowaniach, prowadzonych przez Zamawiającego w latach 2021/2022 i 2022/2023 na usługi ochrony osób i mienia o podobnym zakresie, oferty złożyli tylko dwaj Wykonawcy. Trudno zatem ocenić takie sformułowanie warunków udziału za proporcjonalne i adekwatne do potrzeb Zamawiającego oraz zapewniające dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale III pkt. 1.4 SWZ w następujący sposób:

1.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

1) warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaze, że **w okresie ostatnich pięciu lat** liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie, **co najmniej dwie usługi** (rozumiane jako oddzielne umowy) polegające na co najmniej bezpośredniej ochronie fizycznej osób i mienia w instytucji kultury, w której są gromadzone i udostępniane do zwiedzania dobra kultury narodowej podlegające ustawie z dnia 21 listopada 1996r. o muzeach (t.j. Dz.U z 2022 poz. 385) oraz wpisanego do Państwowego Rejestru Muzeów o którym mowa w art. 13 ustawy z dnia 21 listopada 1996r. o muzeach, o wartości nie mniejszej niż **2 000 000,00 brutto zł** każda, przy czym każda usługa była świadczona całodobowo przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy*. Kwota **2 000 000,00zł brutto** dotyczy wartości usługi za okres nie więcej niż 12 miesięcy. Wykonawca musi załączyć dowody potwierdzające, że każda z tych usług została wykonana lub jest wykonana należycie.

* Jeżeli Wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu wykaze, że nadal wykonuje zamówienie, Zamawiający wymaga, aby to zamówienie było wykonywane przez okres co najmniej 12 miesięcy przed dniem upływu terminu składania ofert oraz spełniało pozostałe wymagania,
(...)

„W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

2.

Odwołujący stwierdza, że w Rozdziale XVII SWZ – „projektowane postanowienia umowy”, Zamawiający na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych zaniechał opisanie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego takie zaniechanie Zamawiającego narusza w sposób rażący przepis art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez złamanie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zgodnie z art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych:

1. **Umowa**, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, **zawiera** postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. **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:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Odwołujący podkreśla, że przepis art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), co oznacza, iż polski ustawodawca nie przewidział dla Zamawiającego podstaw prawnych, aby w projekcie umowy Zamawiający mógł samodzielnie dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń stosowania dyspozycji przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych.

W myśl przepisu art. 439 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający jest obowiązany do wprowadzenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych.

Odwołujący podkreśla, że podczas prac nad przepisami nowej ustawy prawo zamówień publicznych wielokrotnie wskazywano, że przepisy tej ustawy mają przede wszystkim na celu wprowadzenie regulacji, która będzie zmierzała do lepszego wyważenia interesów stron umowy o zamówienie publiczne. Narzędziami, które miały temu służyć, są postanowienia dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności przepis określający obowiązkowe klauzule umowne, przepis art. 433 pzp, wprowadzający do pzp klauzule niedozwolone, czy art. 439 Pzp dotyczący obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Jak wskazano w Komentarzu do Pzp autorstwa pracowników Urzędu Zamówień Publicznych, w „art. 439 ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych, będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia”.

Naczelną zasadą przy budowaniu klauzul waloryzacyjnych powinno być **uczciwe uprzedzenie Wykonawców już w treści umowy, o zamiarze waloryzacji wartości świadczenia i wskazanie już przy jej negocjowaniu – według jakich kryteriów będzie to następowało**. Zamawiający winien stworzyć taki mechanizm, który obu stronom da pewność, co do czynników, które mogą mieć wpływ na zmianę wartości świadczenia i które dzięki temu nie będą zarzewiem sporu. W dzisiejszych realiach poziom inflacji zmienia się bardzo dynamicznie i osiąga rekordowe wielkości, jeśli chodzi o wzrost cen, co sprawia, iż gwarancja rentowności kontraktu zależy w dużej mierze od jasno określonych warunków waloryzacji wynagrodzenia. Potencjalny wykonawca pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia przy tak szybko galopującym wzroście cen mógłby bowiem ponieść stratę, pomimo rzetelnej kalkulacji cen w momencie składania oferty.

Takie działanie sprzeciwia się ustawie, a co za tym idzie - zasada swobody umów w tym zakresie ulega ograniczeniu w oparciu o art. 353¹ KC. Swoboda kształtowania postanowień umowy ulega ograniczeniom wynikającym z ustawy. „*Ustawowe ograniczenie zasady swobody umów należy wiązać z przepisami ustawowymi o charakterze bezwzględnie obowiązującym (ius cogens)*”¹. Takim przepisem

¹ Kodeks cywilny, Tom I. Komentarz art. 1-449¹⁰, pod. red K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2015;

jest art. 439 Pzp, gdyż Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy, niż 6 miesięcy oraz dokonania waloryzacji wynagrodzenia. A co za tym idzie, postanowienia kształtujące zobowiązania umowne w sposób sprzeczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 pzp nie powinny mieć racji bytu.

Takie działanie Zamawiającego przeczy także zasadzie współdziałania Zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia publicznego, jaką wprowadzono do pzp na mocy art. 431 pzp. Podstawowym obowiązkiem umownym Zamawiającego w przypadku przedmiotowego zamówienia jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane usługi.

Jak wskazuje Z. Gordon „Dla określenia zakresu podmiotowego obowiązku współdziałania nie bez znaczenia jest też okoliczność, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter umowy wzajemnej. Wykonawca występuje zatem nie tylko w roli dłużnika, ale także - przynajmniej w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia - w roli wierzyciela. W konsekwencji ma on również obowiązek współdziałania z zamawiającym, i to nie tylko jako dłużnik, ale też jako wierzyciel”^{2 3}. Ponadto za poglądem wyrażonym w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych wskazać należy, że „W doktrynie prawa cywilnego wypracowanej na gruncie art. 354 § 2 Kc podkreśla się, że obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie”. Minimum tej lojalności to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków. Zasada lojalności dotyczy powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym.” A co za tym idzie, jeżeli podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania zamówienia publicznego, to Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą w sposób lojalny (tj. nie mający na celu wykorzystania silniejszej pozycji Zamawiającego w stosunku zobowiązaniowym) oraz w sposób zmierzający do zapłaty wynagrodzenia w wysokości, która jest ekwiwalentna do przedmiotu zamówienia i pozwoli na pokrycie niezbędnych kosztów, związanych z realizacją usługi. W przypadku natomiast przedmiotowego zamówienia, Zamawiający przerzucił wszelkie ryzyka, związane z realizacją zamówienia na wykonawcę.

Należy także zwrócić uwagę na poglądy doktryny, zgodnie z którymi „jednym z celów nowej ustawy było wprowadzenie uregulowań prowadzących do zrównoważenia praw i obowiązków stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego. Cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych. W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego - w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przeczucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych. „Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”⁴ oraz że „przepis art. 431 PZP zawiera zasadę współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego przy jej wykonaniu w celu należytej realizacji zamówienia. Jak wynika z uzasadnienia do PZP, ustawodawca dostrzegł potrzebę wzmocnienia regulacji dotyczących

² Z. Gordon „Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych” [w]: „kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych nr 2/2020;

⁴ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431;

wykonywania umowy, uznając, że należyte wykonanie zamówienia publicznego zależy od współdziałania obu stron umowy z poszanowaniem wzajemnych interesów (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 83). **Nakaz współdziałania stron przy wykonywaniu umowy realizuje tym samym generalną zasadę równoważenia pozycji wykonawcy i zamawiającego, wpisaną w szereg przepisów działu VII PZP⁵**.

Konkludując, Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący obejście przepisów art. 439 ust. 1 pzp, a co za tym idzie - postanowienia umowy w takim brzmieniu nie powinny być akceptowane i powinny ulec zmianie.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień umowy, w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost cen materiałów lub kosztów w stosunku do cen/kosztów, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia.

ŻADANIE

Odwołujący wnosi o wprowadzenie do projektu umowy następujących postanowień zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:

- a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.*
- b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy -, przy czym zmiana jest dopuszczalna:
 - w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadła termin składania ofert;
 - w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;*
- c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;*
- d) Suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 15 % ceny kontraktowej netto, określonej w dniu zawarcia umowy.*
- e) Zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności.*

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

⁵ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021;