

Wrocław, dnia 20 listopada 2023 r.

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

**Odwołujący:**

Impel S.A.  
ul. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław  
NIP: 8990106769  
Numer telefonu: 727 003 567  
Adres e-mail: [k.stefanska@impel.pl](mailto:k.stefanska@impel.pl)  
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Kamila Stefańska - Pełnomocnik

**Zamawiający:**

Hala Gdańsk Sopot Sp. z o.o.  
Plac Dwóch Miast 1; 80-344 Gdańsk  
Numer telefonu.: +48 78 407 31 19  
Adres e-mail: [przetargi@ergoarena.pl](mailto:przetargi@ergoarena.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 r. poz. 1605 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie czystości w hali Ergo Arena oraz terenu przyległego”.

**Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

Nr ogłoszenia **2023/S 217-681351** z dnia 10 listopada 2023r.  
Utrzymanie czystości w hali Ergo Arena oraz terenu przyległego.  
Numer referencyjny: 6/2023.

**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. 99 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 441 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieprecyzyjny opis przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w zakresie warunków stosowania prawa opcji,
- 2) art. 436 pkt. 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą 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, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym

lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,

- 3) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie 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 10 listopada 2023 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia.

1 i 2.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w postanowieniu § 3 umowy określił termin obowiązywania umowy na 12 miesięcy.

Jednocześnie Zamawiający w SWZ i w projekcie umowy wprowadził prawo opcji, polegające na wydłużeniu okresu obowiązywania umowy (*nota bene* z naruszeniem art. 99 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż opis jest niespójny w zakresie proponowanych terminów wydłużenia umowy, gdyż w SWZ mowa o sześciu miesiącach, zaś w projekcie umowy tylko o jednym miesiącu, jak również w zakresie progów procentowych zwiększenia zakresu zamówienia):

1) SWZ rozdział I Opis przedmiotu zamówienia pkt 10 prawo opcji:

#### ***Prawo opcji.***

*Zamawiający przewiduje w ramach prawa opcji możliwość zwiększenia całego zakresu zamówienia w każdej z pozycji maksymalnie o 50%. Opcja będzie polegać na: zwiększeniu zakresu zamówienia w okresie realizacji zamówienia **i/lub wydłużeniu okresu realizacji umowy do 6 miesięcy**. Zamawiający przekaże oświadczenie wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji nie później niż w terminie do 30 dni przed zakończeniem realizacji umowy.*

2) postanowienie projektu umowy § 1 ust. 4 (Załącznik nr 2):

*Zamawiający przewiduje w ramach prawa opcji możliwość zwiększenia całego zakresu zamówienia w każdej z pozycji maksymalnie o ok. 10%. **Opcja będzie polegać na:** zwiększeniu zakresu zamówienia w okresie realizacji zamówienia i/lub wydłużeniu okresu realizacji umowy o 1 miesiąc. Zamawiający przekaże oświadczenie wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji nie później niż w terminie do 30 dni przed zakończeniem realizacji umowy.*

Odwołujący wskazuje, że prawo opcji stanowi uprawnienie Zamawiającego, z którego – w zależności od decyzji Zamawiającego – Zamawiający może skorzystać bądź nie skorzystać w trakcie obowiązywania umowy. Mimo że jest to tylko uprawnienie Zamawiającego, to jednak zastrzeżenie w opisie przedmiotu zamówienia takiej możliwości aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek wprowadzenia do umowy stosownych klauzul waloryzacyjnych, o których mowa w art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych. Wykonawca musi mieć bowiem pewność, że w razie zastosowania przez Zamawiającego prawa opcji będzie miał prawo do waloryzacji wynagrodzenia umownego w zakresie kosztów płacowych.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w załączniku nr 2 - projekt umowy - z naruszeniem przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych zaniechał określenia zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą 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, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych

Odwołujący wskazuje, iż ww. działania Zamawiającego stają w sprzeczności z celem przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadnieniem przywołanego przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

Zamawiający winien wskazać również reguły, według których będzie wprowadzana zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku nowelizacji ww. przepisów prawa.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazuje, że zawarte w treści SWZ postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności nie określają:

- 1) terminu, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie;
- 2) o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana;

- 3) jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych negocjacje. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 436 pkt 4 b), wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że kalkulacja jego ceny wykonana została z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Negocjacje takiej pewności nie gwarantują, gdyż dopiero po ich zakończeniu, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia.

#### **ŻADANIE:**

1) Odwołujący wnosi o ujednolicenie przez Zamawiającego terminów przedłużenia umowy w ramach prawa opcji, o których mowa w SWZ (por. rozdział I Opis przedmiotu zamówienia pkt 10 prawo opcji) oraz w projekcie umowy w § 1 ust. 4, jak również o ujednolicenie progów procentowych zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia.

2) Odwołujący wnosi o dodanie w treści projektu umowy następujących postanowień według poniższego brzmienia lub równoważnego:

1. *Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych. tj. 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 lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,*

*4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.*

2. *Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 1.*

3. *W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.*

4. *W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.*

5. *W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. c) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.*

6. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. d) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany.
7. Za wyjątkiem sytuacji, o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b), c) i d).
8. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

3.

W ocenie Odwołującego postanowienia projektu umowy naruszają przepis art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w załączniku nr 2 projekt umowy w § 10 ust. 7-13 zawarł następujące klauzule umowne:

7. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany cen netto za świadczenie usług, w przypadku zmian ceny lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, poprzez coroczną waloryzację w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS (na stronie internetowej <https://stat.gov.pl/>) za okres 12 miesięcy poprzedzających datę dokonania waloryzacji.
8. Ustala się, że minimalny okres, w którym może nastąpić waloryzacja wynagrodzenia wynosi 12 miesięcy. Pierwsza waloryzacja może nastąpić co najmniej po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, która to data jest początkowym terminem ustalania zmiany wynagrodzenia.
9. Warunkiem dokonania waloryzacji wynagrodzenia jest, aby wskaźnik, o którym mowa w ust. 1, uległ zmianie o co najmniej 5%.
10. Waloryzacja dotyczy tylko tej części przedmiotu umowy, która pozostała do wykonania po dacie dokonania waloryzacji i dopuszczalne jest zmniejszenie lub zwiększenie wynagrodzenia Wykonawcy.
11. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania waloryzacji wynosi 20 % wynagrodzenia brutto określonego w ust. 1.
12. Waloryzacja następuje na wniosek Wykonawcy. Wniosek powinien zawierać co najmniej podstawę zmiany oraz wyliczenie wartości wynagrodzenia należnego Wykonawcy po waloryzacji. Zmiana wynagrodzenia w wyniku waloryzacji Strony potwierdzą aneksem do umowy.
13. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są usługi oraz okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych zaniechał prawidłowego opisanie w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy w zakresie wskazania realistycznego wzrostu poziomu wskaźnika.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w postanowieniu § 3 umowy określił czas obowiązywania umowy na 12 miesięcy, zatem wprowadzenie przez Zamawiającego zasady w § 10 ust. 7, 8 i 13 umowy, że pierwsza waloryzacja możliwa jest dopiero po 12 miesiącach stanowi istotne naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zauważa, że w razie gdy Zamawiający nie skorzysta z uprawnienia do prawa opcji, to wówczas z oczywistych względów taki warunek umowny nigdy nie zostanie zrealizowany w trakcie obowiązywania umowy, gdyż umowa po upływie 12 miesięcy najzwyczajniej ulegnie zakończeniu. Przepis art. 439 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych stanowi zaś, że każda umowa powyżej 6 miesięcy zawiera postanowienia waloryzacyjne. Skoro przepis art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), zatem Zamawiający nie może ograniczać zastosowania tego przepisu, w tym wypadku uzależniając możliwość waloryzacji materiałowej od prawa opcji. Nie może też formułować zasad zmiany wynagrodzenia w sposób, który faktycznie uniemożliwia taką zmianę – po to tylko, by formalnie wypełnić dyspozycję art. 439 ustawy (poprzez sformułowanie jakiegokolwiek klauzuli, nie służącej w praktyce celowi wprowadzenia tego przepisu do ustawy).

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.

Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca wszystkie ryzyka na wykonawców, gdyż to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych

w dniu składania oferty. Zamawiający zaś nie ponosi żadnego ryzyka takiego działania, gdyż zawierając umowę w konkretnym roku, niejako gwarantuje sobie stawki świadczenia usług po cenach z tegoż roku, bez uwzględnienia w kolejnych latach obowiązywania umowy ryzyka zmian oraz inflacji, czy innych wahań na rynku, który jest bardzo podatny na wszelkie zmiany w światowej gospodarce.

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 6 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. 353<sup>1</sup> 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)*”<sup>1</sup>. Takim przepisem jest art. 439 Pzp, gdyż Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy, niż 12 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

---

<sup>1</sup> Kodeks cywilny, Tom I. Komentarz art. 1-449<sup>10</sup>, pod. red K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2015;

współdziałania z zamawiającym, i to nie tylko jako dłużnik, ale też jako wierzyciel”<sup>2 3</sup>. 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, przerzucania 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”<sup>4</sup> 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 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 PZP”<sup>5</sup>.

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.

<sup>2</sup> Z. Gordon „Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych” [w]: „kwartalnik Prawa Zamówień

Publicznych nr 2/2020;

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

<sup>5</sup> *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021;



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.

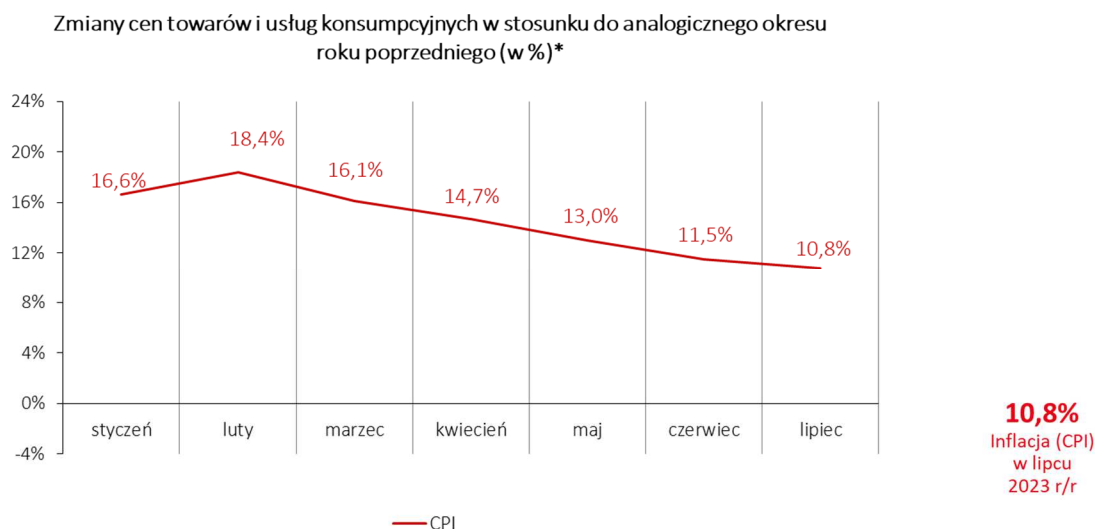
Odwołujący podnosi, że ostatnie lata dla polskich przedsiębiorstw były ogromnym wyzwaniem – pandemia, wybuch wojny w Ukrainie, wysoka inflacja, przerwane łańcuchy dostaw i niestabilna sytuacja gospodarcza.

W szczególności lata 2022-2023 w Polsce to okres rosnącej inflacji, spowolnienia gospodarczego i niepewności geopolitycznej. Dla 77% przedsiębiorców największym wyzwaniem ostatnich lat była inflacja, z czego 44% oceniło jej wpływ jako „bardzo duży”. Na drugim miejscu wśród najczęściej wspomnianych wyzwań był wzrost kosztów pracy – ich wpływ odczuło 70% firm. Ten sam odsetek badanych wskazał również na koszty paliw jako kluczowy czynnik wpływający na kondycję ich przedsiębiorstwa.

		Wskaźniki inflacji bazowej			
	CPI	po wyłączeniu cen administrowanych	po wyłączeniu cen najbardziej zmiennych	po wyłączeniu cen żywności i energii	15% średnia obciąża
poprzedni rok = 100					
2020	103,4	102,5	103,2	103,9	103,2
2021	105,1	104,7	103,8	104,1	103,9
2022	114,4	114,5	111,4	109,1	110,9
Źródło: obliczenia NBP na podstawie danych GUS					

Źródło: obliczenia NBP na podstawie danych GUS

Dane zawarte w tabeli powyżej wskazują na istotny wzrost inflacji w roku 2022 – gdzie wyniosła ona 14,4% rok do roku.



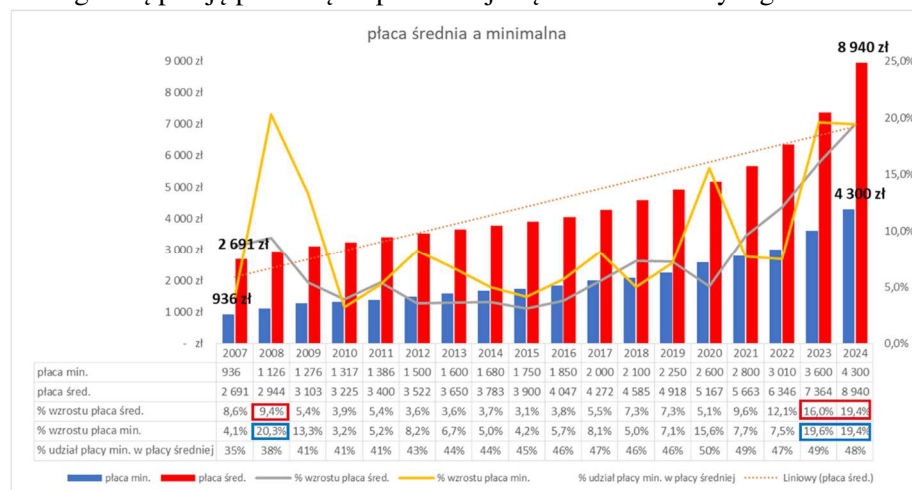
W 2023r. inflacja nadal utrzymuje się na bardzo wysokim poziomie – gdzie w lipcu wyniosła 10,8% w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego - który był rokiem rekordowej inflacji.

Gwałtowny wzrost inflacji, największy od 21 lat, przekłada się na zwiększenie ponoszonych kosztów prowadzonej przez nas działalności gospodarczej. Koszty prowadzenia biznesu wzrastają w sposób skokowy. Obserwujemy gwałtowny wzrost kosztów pośrednich. Na skutek rosnących stóp procentowych, wzrastają także koszty obsługi finansowej.

Ta niekorzystna sytuacja dotyczy w szczególności firm z branż tzw. „usług prostych” opartych głównie na pracy pracowników z wynagrodzeniami zbliżonymi do płacy minimalnej.

W przypadku Grupy Kapitałowej Impel - usługi sprzątania generują ok. 70% całkowitych przychodów.

Jeśli chodzi o strukturę kosztów bezpośrednich tych usług, to główną grupą kosztów są wynagrodzenia z narzutami – które stanowią ok. 80% w przypadku usług sprzątania. Pozostałe koszty bezpośrednie to głównie koszty pośrednie, materiały chemiczne, higieniczne, transport oraz czynniki energetyczne (gaz, energia elektryczna). Realizacja wprowadzanych zmian legislacyjnych dot. zmiany minimalnego wynagrodzenia, który zgodnie z literą prawa nastąpił w roku 2023 aż dwukrotnie, docelowo do kwoty 3.600 zł, co spowodowało wzrost tych kosztów o ponad 19%. Powoduje to również analogiczną presję płacową na pozostałej części funduszu wynagrodzeń.



Na rok 2024 przewidziane są kolejne zmiany minimalnego wynagrodzenia – od stycznia 2024r. do kwoty 4.242 zł. a od lipca 2024 do kwoty 4.300 zł. - czyli o kolejne 19,5%. Płaca minimalna która ma obowiązywać od lipca 2024r. będzie wyższa od tego wynagrodzenia z roku 2020 o 1.500 zł. czyli wzrost wyniesie 54% - a jak wspomniano wcześniej w naszych głównych usługach koszty wynagrodzeń wynoszą od 80% do 90% kosztów bezpośrednich. Ta sytuacja wskazuje na konieczność waloryzowania wynagrodzeń wykonawcy na poziomie pozwalającym nie tylko na pokrycie rosnących kosztów ale co najmniej na poziomie pozwalającym na utrzymanie rentowności biznesu.

Analitycy przewidują kolejne podwyżki a rosnące ceny są zupełnie od nas niezależne. Podkreślają to także jednostki rządowe, np. Prokuratoria Generalna czyli jednostka organizacyjna powołana do zapewniania ochrony prawnej interesów Rzeczypospolitej Polskiej.

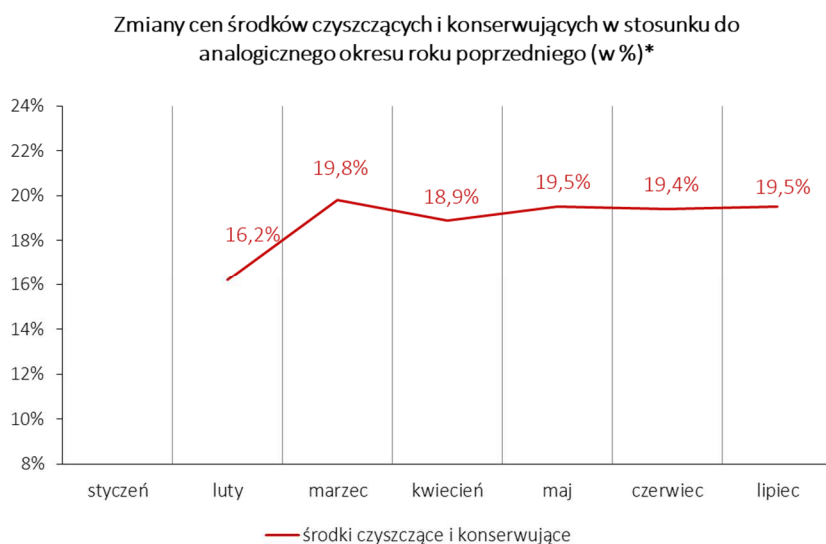
Poniżej przytaczamy główne punkty tej rekomendacji.

„Prokuratoria Generalna rozumie waloryzację wynagrodzenia jako urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy. Wobec ryzyka występowania zjawisk trudnych lub nawet niemożliwych do przewidzenia na etapie zawierania umowy, a mających przemożny wpływ na procesy gospodarcze (np. konflikt zbrojny, pandemia), stosowanie mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia jest w wielu przypadkach uzasadnione, a wręcz konieczne.”

Podkreśla dalej, że „niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy.”

Wysoka inflacja bardzo niekorzystnie przekłada się na kondycję finansową naszego przedsiębiorstwa a spadająca rentowność biznesu nie tylko zmniejsza nasze możliwości rozwojowe ale wręcz stwarza zagrożenia dla sprawnego funkcjonowania.

Z roku na rok utrzymanie biznesu związanego z prowadzeniem prac porządkowych jest trudniejsze. Droższa chemia i akcesoria do sprzątania, wzrost cen czynników energetycznych, transportu, ale też wzrost kosztów pośrednich.



Poniżej w tabeli przedstawione są dane za okres I-szy kwartał 2022 – II-gi kwartał 2023 dla usług porządkowo czystościowych

Robocizna	Lokalizacja (najem)	Transport	Materiały higieniczne	Materiały chemiczne	Materiały spożywcze	Worki foliowe	Inne	RAZEM
88,4%	0,7%	0,7%	2,8%	0,8%	0,0%	0,0%	6,5%	100,0%
16%	22%	10%	55%	12%	38%	37%	22%	117,4%

Dane wskazują że koszty bezpośrednie w omawianym okresie wzrosły - największy wzrost procentowy dotyczył materiałów higienicznych – o 55% , worki foliowe o 37% natomiast robocizna – udział to 88,4% - koszty wzrosły o 16% . Łącznie koszty bezpośrednie wzrosły o 17,4% .

Podsumowując - Kluczowe czynniki ekonomiczne:

- systematyczne podwyżki płacy minimalnej i stawki godzinowej (presja płacowa)
- niska stopa bezrobocia i ograniczona dostępność kandydatów do pracy
- obciążenia wynikające z nowo wprowadzanych przepisów
- trudna sytuacja rynkowa wynikająca z wysokiej inflacji

- wzrost kosztów zakupu środków i artykułów niezbędnych do realizacji usług
- znaczne podwyżki cen paliw, energii elektrycznej, gazu

Czynniki te są obiektywnymi przesłankami które determinują konieczność waloryzacji wynagrodzeń wykonawcy – na takim poziomie który zapewni zachowanie zdolności do efektywnego funkcjonowania na rynku.

### **ŻADANIE**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia w załączniku nr 2 projekt umowy w § 10 ust. 7-13 umowy zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

7. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany cen netto za świadczenie usług, w przypadku zmian ceny lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, **poprzez waloryzację** w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS (na stronie internetowej <https://stat.gov.pl/>) za okres 6 miesięcy poprzedzających datę dokonania waloryzacji.

8. Ustala się, że minimalny okres, w którym może nastąpić waloryzacja wynagrodzenia wynosi 6 miesięcy. Pierwsza waloryzacja może nastąpić co najmniej po upływie 6 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji umowy, która to data jest początkowym terminem ustalania zmiany wynagrodzenia, zaś każda kolejna – po upływie 6 miesięcy od dokonania ostatniej waloryzacji.

9. Warunkiem dokonania waloryzacji wynagrodzenia jest, aby wskaźnik, o których mowa w ust. 1, uległ zmianie o co najmniej 2%.

10. Waloryzacja dotyczy tylko tej części przedmiotu umowy, która pozostała do wykonania po dacie dokonania waloryzacji i dopuszczalne jest zmniejszenie lub zwiększenie wynagrodzenia Wykonawcy.

11. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania waloryzacji wynosi 20 % wynagrodzenia brutto określonego w ust. 1.

12. Waloryzacja następuje na wniosek Wykonawcy. Wniosek powinien zawierać co najmniej podstawę zmiany oraz wyliczenie wartości wynagrodzenia należnego Wykonawcy po waloryzacji. Zmianę wynagrodzenia w wyniku waloryzacji Strony potwierdzą aneksem do umowy, zawartym w terminie 14 dni od złożenia wniosku.

13. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są usługi oraz okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.