

WYROK

z dnia 18 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 lipca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2022 r. przez: wykonawcę Impel spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie ul. Garbarska 21A

orzeka:

1.1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 433 pkt 4 ustawy przez wprowadzenie przez zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych ze względu na dopuszczenie do dowolnego kształtowania przez zamawiającego wielkości zamówienia i zaniechanie ustalenia w treści SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,

1.2. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego przez ustalenie łącznej wysokości kar umownych, których może dochodzić zamawiający na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do okoliczności, które mogą stać u podstaw powstania roszczenia zamawiającego o jej zapłatę

1.3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Impel spółka akcyjna z siedzibą we

Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Impel spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Impel spółka akcyjna z siedzibą we Wro-

clawiu, ul. Słonimskiego 1 na rzecz zamawiającego PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie ul. Garbarska 21A

kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1676/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego „Zakup usługi utrzymania czystości w latach 2023-2024 dla PGE Dystrybucja S.A. w podziale na 7 zadań” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2022/S 112-316813 z dnia 13.06.2022 roku.

W dniu 23 czerwca 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Impel spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Słonimskiego 1. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 czerwca 2022 r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 23 czerwca 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) 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 przez wadliwe ustalenie w treści projektu umowy postanowień w przedmiocie aktualizacji wynagrodzenia obligujących wykonawcę do zaoferowania niezmienności cen do 2024 roku, w sytuacji gdy zgodnie z niniejszym przepisem waloryzacja wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadkach, o których mowa w niniejszym przepisie, następuje automatycznie, a nowa wysokość wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie nowych przepisów,

2) art. 431 i art. 439 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353(1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC”) przez ustalenie postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, z określeniem, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia zostanie dokonana po roku obowiązywania umowy, co stanowi obejście przepisów ustawy dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1, a co za tym idzie, prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy przez przerzucenie ryzyk związanych z wahaniami cen na rynku usług w przedmiotowym okresie na wykonawcę,

3) art. 433 pkt 4 ustawy przez wprowadzenie przez zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych ze względu na dopuszczenie do dowolnego kształtowania przez zamawiającego wielkości zamówienia i zaniechanie ustalenia w treści SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,

4) art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego przez ustalenie łącznej wysokości kar umownych, których może dochodzić zamawiający na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do okoliczności, które mogą stanowić u podstaw powstania roszczenia zamawiającego o jej zapłatę,

5) art. 99 ust. 1 ustawy przez wadliwy opis przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, w zakresie żądania wykazu osób w zakresie szerszym niż przewiduje ustawa.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez odwołującego postanowień projektu umowy w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący oświadczył, że ma interes w złożeniu tego 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. Opracowane przez zamawiającego postanowienia SWZ mogą narazić odwołującego na straty i uniemożliwiają złożenie prawidłowych i porównywalnych ofert, w tym kalkulacji oferty w sposób rzetelny, obejmujący w sposób możliwie pełny ryzyka, które mogą wystąpić w trakcie realizacji umowy.

Ad. Zarzut 1)

Zgodnie z § 4 ust. 1 i 2 projektu umowy:

1. Zamawiający przewiduje zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany:

1.1 stawki podatku od towarów i usług (VAT w okresie obowiązywania umowy). Należna kwota podatku VAT zostanie obliczona od kwoty wynagrodzenia netto w wymiarze obowiązującym w dniu wystawienia przez wykonawcę faktury VAT,

1.2 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,

1.3 zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniom zdrowotnym lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,

1.4 zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania Zamówienia przez wykonawcę.

2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1, przy czym wynagrodzenie nie będzie podlegać waloryzacji przez okres 12 miesięcy okresu obowiązywania Umowy, z wyłączeniem przypadku z pkt. 1.1.

W ocenie odwołującego ww. postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy. Odwołujący podniósł, że zasady waloryzacyjne zostały ustalone wadliwie gdyż umowa wyłącza stosowanie art. 436 pkt. 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych do roku 2024.

Zgodnie z § 4 projektu umowy, klauzula waloryzacja będzie stosowana najwcześniej po 12 miesiącach od dnia podpisania umowy tj. od 1.01.2024 roku. Tym samym wykonawca został pozbawiony uprawnienia do wystąpienia o aktualizację wynagrodzenia na okres 12 miesięcy obowiązywania nowych przepisów o minimalnym wynagrodzeniu i minimalnej stawce godzinowej.

Zamawiający w świetle powyższych zapisów zażądał od wykonawców, aby przewidzieli, jakie będzie najniższe wynagrodzenia za pracę oraz najniższa stawka godzinowa od dnia 1 stycznia 2023 r. Rozpoczęcie świadczenia usług ma nastąpić 1 stycznia 2023r., a termin składania ofert zaś to dzień 15.07.2022 r.

Już dziś wiadomo, że w 2022 r. Rada Dialogu Społecznego w ustawowych terminach nie wypracowała nowej stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz nowej stawki minimalnego wynagrodzenia godzinowego. Wiadomo też że przed dniem składania ofert w niniejszym postępowaniu - 15.07.2022 r. - Rada Ministrów nie opublikuje rozporządzenia z nową stawką na rok 2023.

Mając tą wiedzę zamawiający formułuje zapisy SWZ, które całe ryzyko związane z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę od dnia 1 stycznia 2023 r. przerzuca na wykonawców. Zamawiający całkowicie wyklucza waloryzację przez 12 z 24 miesięcy trwania umowy i to w sytuacji gdy nie są znane stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę od 01.01.2023 r.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, zawarte w § 4 projektu umowy klauzule aktualizacyjne są sprzeczne z dobrymi obyczajami, stanowią nadużycie przysługującego zamawiającemu prawa do kształtowania treści umowy oraz zmierzają do obejścia przepisów prawa. Opisany powyżej sposób formułowania postanowień umownych stanowi obejście prawa ponieważ de facto nie gwarantuje waloryzacji wynagrodzenia na zasadach określonych w art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykluczenie stosowania przez zamawiającego zasad dotyczących waloryzacji w sytuacji gdy wykonawca nie ma obiektywnej możliwości ustalenia swoich kosztów osobowych ze względu na działanie organów administracji państwowej, jest rażącym nadużyciem pozycji organizatora przetargu.

Odwołujący podniósł, że ustalony w SWZ zakaz waloryzacji do 2024 r. jest sprzeczny z przepisem art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że przepis art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie do umów długoterminowych i zawsze wówczas, gdy spełni się którakolwiek z przesłanek wskazanych w tymże przepisie. Norma art. 436 pkt 4 lit. b) dotycząca długości umowy określa wyłączenie typ umów, w których powinny zostać zawarte postanowienia aktualizacyjne. Sformułowanie, „umowa zawarta na okres dłużej niż 12 miesięcy” nie stanowi podstawy do wyodrębnienia z całego okresu obowiązywania kontraktu, owych 12 miesięcy bezwaloryzacyjnych. Umowa o zamówienie publiczne w kontekście postanowień waloryzacyjnych jest niepodzielna. Wobec powyższego, odwołujący wskazał, że ustalanie w umowach długoterminowych okresów stałości cen, mimo zaistnienia okoliczności z art. 436 pkt 4 lit. b) pzp, jest niezgodne z prawem. Odwołujący podkreślił, że przepis art. art. 436 pkt 4 lit. b) pzp jest przepisem ius cogens i nawet czasowo nie można wyłączyć jego stosowania na mocy poro-

zumienia stron - umowy. Bez względu na moment trwania umowy długoterminowej, obowiązek waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy następuje zawsze w przypadku zmiany prawa o VAT; wysokości płacy minimalnej lub minimalnej stawki godzinowej; albo przepisów o ZUS, pracowniczych planów kapitałowych. Ponadto, z uwagi na okoliczność, że ww. zmiany są nieprzewidywalne, to ustalenie w klauzuli waloryzacyjnej okresów stałości cen, stanowi naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga, że celem przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, jest m.in. umożliwienie prawidłowej wyceny usługi oraz ochrona zamawiającego polegająca na gwarancji uzyskania usługi o stałej i niezmiennej jakości.

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

Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym wyroku 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 systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2015, poz. 1153), zgodnie którym w razie zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie art. ust. 3-5 ustawy dnia 10 października 2002 r. 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, momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia, do wysokości wynagrodzenia minimalnego obowiązującej po zmianie przepisów lub jej odpowiedniej części, przypadku osób zatrudnionych w 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 prace lub innej umowy cywilnoprawnej łączącej wykonawcę zamówienia publicznego osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, wynikającym z konieczności od prowadzenia 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”.

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

Odwołujący wniósł o zmianę treści § 4 ust. 2 projektu umowy, przez wykreślenie zapisów „przy czym wynagrodzenie nie będzie podlegać waloryzacji przez okres 12 miesięcy okresu obowiązywania Umowy, z wyłączeniem przypadku z pkt. 1.1”

Ad. Zarzut 2)

Odwołujący wskazał, że termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne został ustalony przez zamawiającego, zgodnie SWZ, na okres 24 miesięcy od daty podpisania umowy tj. na okres przekraczający 12 miesięcy.

Zgodnie z art. 439 ustawy, w przypadku umów, zawieranych na okres dłuższy, niż 12 miesięcy, muszą one zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Umowa musi określać:

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. Zamawiający w § 4a przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia cen i materiałów przez wprowadzenie do projektu umowy następujących zapisów:

1. Wynagrodzenie określone w umowie podlega zmianom w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - na warunkach określonych w tym paragrafie.

2. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosi +/-10 %.

3. Warunkiem zmiany wynagrodzenia wykonawcy będzie wykazanie przez daną stronę umowy, że zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy miała faktyczny wpływ na koszty wykonania umowy.

4. Za początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia strony przyjmują datę podpisania umowy.

5. Każda ze stron uprawniona jest do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, gdy ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku poprzedzającym wniosek o waloryzację wzrosł/spadł o co najmniej 10% w stosunku do roku poprzedniego.

6. W przypadku przyjęcia przez stronę, że zachodzą przesłanki do dokonania zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą cen materiałów i kosztów, strona ta wystąpi do drugiej strony z pisemnym wnioskiem o dokonanie wymaganej zmiany, wskazując na okoliczności i dokumenty uzasadniające takie stanowisko. Do procedury wzajemnego ustalenia przedmiotowej zmiany stosuje się odpowiednio postanowienia § 4 umowy.

7. Przyjmuje się następujące okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy: 12 miesięcy. Waloryzacja nie dotyczy wynagrodzenia za usługi wykonane przed datą złożenia wniosku.

8. Maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaka może być dokonana w trybie przewidzianym w niniejszym paragrafie, nie może przekroczyć 3 % aktualnej wartości umowy netto. Zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w niniejszym paragrafie, nie obowiązuje w stosunku do tej części wynagrodzenia wykonawcy która wynika ze zmiany wprowadzonej na podstawie § 4 umowy.

9. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, w celu ustalenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, oblicza się różnicę między średnią ceną materiałów lub kosztów, obowiązującą w dniu otwarcia ofert, a ceną nabycia materiałów lub rzeczywiście poniesionych kosztów przez wykonawcę - zgodnie z niniejszym paragrafem.

10. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

11. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami tego paragrafu, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- 1) przedmiotem są usługi; 2
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

12. W przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia-zgodnie z ustępem

poprzedzającym-zamawiający jest uprawniony naliczyć wykonawcy karę umowną w wysokości [5.000,00 zł.] za przypadek każdego podwykonawcy, którego takie naruszenie dotyczy.

13. Zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy określone w niniejszym paragrafie zostaną wprowadzone w postaci pisemnego aneksu do umowy.

Odwolujący zaznaczył, że waloryzacja dopuszczalna jest po 12 miesiącach. Z uwagi, że umowa zawarta ma być na okres 24 miesięcy, zamawiający w praktyce dopuszcza jedynie jedną zmianę waloryzacyjną. 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, że 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. Zauważył również, że określony przez zamawiającego maksymalny poziom zmian na poziomie rażąco niskim tj. 3 % z jednoczesnym zastrzeżeniem, że waloryzacja może nastąpić po zmianie wskaźnika cen na poziomie rażąco wysokim tj. 10% wartości umowy przy obecnym wskaźniku inflacji, nie daje wykonawcy praktycznie żadnej gwarancji zwrotu kosztów adekwatnych do podwyżek cen materiałów i innych kosztów, niezbędnych do realizacji przedmiotowego postępowania. Odwołujący wniósł 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 ceny materiałów lub kosztów w stosunku do cen, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wniósł o zmianę § 4a projektu umowy w zakresie postanowień zgodnych z art. 439 ustawy tj. klauzuli, na podstawie której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, przez wykreślenie § 4a i wpisanie w jego miejsce postanowień o treści::

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 umowy w formie pisemnego aneksu, 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 przypadał 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 10 % wynagrodzenia, o którym mowa w ust. § 3 ust. 1 pkt 3 zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności

Ad. Zarzut 3)

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimal-

nej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zapisy projektu umowy brzmią następująco:

§ 3 ust. 2.2

Zamawiający pomniejszy koszt usługi w danym miesiącu o metraż pomieszczeń lub terenów zewnętrznych wyłączonych z eksploatacji przez minimum 5 dni roboczych (np. przerwa urlopową, remont, malowanie-przyczyny niezależne od zamawiającego i niemożliwe do przewidzenia w momencie podpisywania umowy). O ww. wyłączeniu w eksploatacji zamawiający poinformuje wykonawcę co najmniej z jednodniowym wyprzedzeniem.

§ 11 ust. 1 pkt 1.3 i 1.5

1. Zmiana istotnych postanowień umowy, w szczególności w stosunku do treści załącznika nr 1, jest możliwa tylko w zakresie wynikającym z treści art. 455 ustawy, tj. w przypadkach i na warunkach określonych poniżej:

1.1. zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na realizację przedmiotu umowy

1.2. zmian organizacyjnych u zamawiającego,

1.3. zmniejszenia zakresu świadczonych usług wykonawcy i w związku z tym wynagrodzenia, w przypadku sprzedaży obiektów podlegających usłudze,

1.4. zmiany lokalizacji realizacji umowy,

1.5. zmniejszenia zakresu świadczonych usług wykonawcy i w związku z tym wynagrodzenia, w przypadku zmiany ilości pomieszczeń podlegających realizacji umowy.

Zamawiający dokonał 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 to zamawiający będzie miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia wielkości zamawianej usługi (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną, w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy, zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę swobody umów, wyrażoną w art. 353(1) kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego, zamawiający pozbawia wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka zmiany wysokości wynagrodzenia na skutek stosowania obniżenia, która to ocena powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich wykonawców 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. Odwołujący podkreślił, że efektem postępowania prowadzonego na podstawie tak skonstruowanych zapisów SWZ, ma być zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywilejów. 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. Wykonawca na etapie składania oferty nie ma żadnej wiedzy, co będzie wpływać na decyzję zamawiającego o zmianie wielkości zamówienia. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach i z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie wielkości sprzątanym powierzchni i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Przy obecnym brzemieniu zapisów SWZ, wykonawca nie jest w stanie racjonalnie oszacować ryzyka, związanego z potencjalnym zmniejszeniem wielkości zamówienia i nie ma szans uwzględnić tego ryzyka w oferowanej cenie. Odwołujący podniósł, że powyższe postanowienia SWZ wprost naruszają dyspozycję wskazanego artykułu ustawy. Zamawiający nie określił minimalnego zakresu zamówienia, jednocześnie zastrzegając dla siebie w ww. postanowieniach SWZ możliwość dowolnych ograniczeń wielkościowych, co stanowi przejaw praktyki, która miała miejsce przed 1 stycznia 2021r; a wyeliminowanie której stało się ratio legis art. 433 nowej, obecnie obowiązującej, ustawy.

Podkreślenia wymaga, że zastrzeżenie dowolnego ograniczenia wielkości zamówienia jest również niezgodne z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający przyznał sobie bowiem w SWZ prawo do każdej, w tym także istotnej zmiany umowy. Odwołujący podkreślił, 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 tego 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, że 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 przez 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).

Na mocy postanowienia § 3 ust. 2.2 oraz § 11 ust. 1 pkt 1.3 i 1.5 projektu umowy, zamawiający jest uprawniony do zredukowania wynagrodzenia wykonawcy aż o 100% wielkości zamówienia tj. całkowitą wartość umowy. Zamawiający, ograniczając wielkość zamówienia, nie znosi jednocześnie żadnego z innych, niż świadczenie pracy, obowiązków wykonawcy. Odwołujący wniósł zatem o zmianę postanowienia projektu umowy i wskazanie przez zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 90 % wartości zamówienia.

Odwołujący wniósł o określenie minimalnego zakresu zamówienia i dodanie w „projekcie umowy” postanowienia o treści: „Zmniejszenie zakresu usług (sprzątej powierzchni) i wynagrodzenia wskazanego w § 3 ust. 1.3 w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 3 ust. 2.2 oraz § 11 ust. 1 pkt 1.3 i 1.5 nie może w czasie trwania umowy, wynosić więcej niż 10% wartości zamówienia”.

Ad. Zarzut 4)

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w § 6 projektu umowy zawarł następujące postanowienia, dotyczące kar umownych:

1. Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia wykonawcy kary umownej w przypadku:

a) odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - w wysokości 20 % wartości umowy brutto określonej w § 3 ust. 1 pkt 1.3.,

b) nienależytego wykonania usług porządkowo - czystościowych, stanowiących część przedmiotu zamówienia, w jednorazowej wysokości 2 000,00 zł za każde zdarzenie (rozliczenie w formie kompensaty), na podstawie protokołu reklamacyjnego, sporządzonego przez zamawiającego i dostarczonego wykonawcy (obejmuje również reklamację wystawioną elektronicznie w systemie zgłoszeń i reklamacji dostarczoną przez wykonawcę),

c) nie usunięcia stwierdzonych przez zamawiającego przypadków nienależytego wykonania umowy w terminie wskazanym przez zamawiającego, w jednorazowej wysokości 2 000,00 zł za każde zdarzenie (rozliczenie w formie kompensaty), na podstawie protokołu reklamacyjnego sporządzonego przez zamawiającego i dostarczonego wykonawcy (obejmuje również reklamację wystawioną elektronicznie w systemie zgłoszeń i reklamacji dostarczoną przez wykonawcę),

d) nienależytego wykonania usług porządkowo-czystościowych, stanowiących część przedmiotu zamówienia, polegających na nie przestrzeganiu lub niewłaściwym prowadzeniu segregacji odpadów, w wysokości 200 zł (rozliczenie w formie kompensaty) za każde tego rodzaju zdarzenie - o ile zostanie to udokumentowane protokołem przez zamawiającego.,

e) nienależytego wykonania usług porządkowo-czystościowych, stanowiących część przedmiotu zamówienia, skutkującego dla zamawiającego koniecznością zaangażowania strony

trzeciej w usunięcie wad, usterek i zaniechań (np. nieuprzątnięcie zalegającego śniegu, brak wykoszeń trawy) w wysokości kosztów poniesionych przez zamawiającego, których kalkulację zamawiający przedstawi wykonawcy. Wynagrodzenie wykonawcy zostanie pomniejszone o wysokość kosztów zaangażowania strony trzeciej poniesionych przez zamawiającego,

f) wystawienia przez służby porządkowe (miejskie i państwowe) mandatów zamawiającemu w związku z nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę. Wynagrodzenie wykonawcy zostanie pomniejszone o wysokość nałożonych mandatów odpowiednio za dany miesiąc, w którym zostały wystawione,

g) nieprzekazania zamawiającemu w terminie informacji o kwocie obniżenia, o której mowa w § 2 ust. 25 umowy - w wysokości 200 złotych (rozliczenie w formie kompensaty) za każdy dzień zwłoki,

h) za stwierdzenie niezgodnego z zapisami Umowy lub obowiązującymi przepisami prawa

sposobu zatrudniania osoby skierowanej do realizacji zamówienia - w wysokości 1.000,00 zł za każdy taki przypadek,

i) za każdy dzień zwłoki w udzieleniu odpowiedzi na wezwania zamawiającego lub w umożliwieniu przez wykonawcę realizacji przez zamawiającego innych uprawnień określonych w Umowie - w wysokości 50,00 zł za każdy taki przypadek,

j) za naruszenie przez wykonawcę zobowiązań do zachowania Klauzuli Poufności określonej w §10 Umowy w zakresie informacji pozyskanych w związku z przedmiotem Umowy lub jej wykonywaniem - w wysokości 10 000 zł za każdy przypadek naruszenia.

2. Kary umowne określone w niniejszym paragrafie mogą być naliczane wielokrotnie - za każdy odrębny przypadek naruszenia warunków umowy.

3. Jeżeli kara umowna nie pokrywa poniesionej szkody, zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych.

4. O ile nie stoi to w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, zamawiający może zaspokoić wierzytelność w stosunku do wykonawcy z tytułu kar umownych - także niewymagalnych - wskazanych w niniejszej umowie przez potrącanie tych kar z przysługującego wykonawcy wynagrodzenia umownego, na co wykonawca wyraża niniejszym zgodę. Jeżeli kwota kar umownych przewyższy należne wykonawcy wynagrodzenie z tytułu wykonanych usług, wykonawca zapłaci kwotę kar umownych przewyższającą wartość należnego mu wynagrodzenia w terminie 7 dni od otrzymania stosownego wezwania do zapłaty/noty księgowej/noty W przypadku odstąpienia od umowy jedynie w zakresie jej niewykonanej części, wartość umowy określaną na potrzeby wyliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia pomniejsza się o wartość usług, które zostały prawidłowo wykonane przez wykonawcę w toku umowy i nie podlegają zwrotowi lub kompensacie.

5. W przypadku wystawienia faktury VAT przez wykonawcę w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, o których mowa w Ustawie VAT oraz stosownych do niej rozporządzeniach, jeżeli z tego tytułu zamawiający poniesie konsekwencje pozbawienia lub ograniczenia prawa do odliczenia kwoty podatku VAT z kwestionowanej faktury, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty odszkodowania w wysokości wyrównującej powyższe szkody, z wyłączeniem utraconych korzyści.

6. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający ograniczona jest do wartości 40 % brutto Umowy określonej w § 3 ust. 1 pkt 1.3. Umowy, nie wliczając w to kar z tytułu odstąpienia od Umowy.

7. Zamawiający jest uprawniony do miarkowania należnych kar umownych w przypadku zaistnienia uzasadnionych okoliczności poprzedzonych wnioskiem wykonawcy o takie miarkowanie, w tym w związku z wysokością szkody poniesionej przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego, kary powyższe oraz ich łączna suma (40 % łącznej wartości brutto umowy) zostały zastrzeżone w rażąco wygórowanych kwotach. Ich wysokość, w ocenie odwołującego, w żaden sposób nie koresponduje z zakładanym wynagrodzeniem należnym wykonawcy z tytułu realizacji poszczególnych świadczeń w ramach umowy, jak również nie odzwierciedla potencjalnej szkody, którą mógłby na skutek naruszenia przez wykonawcę postanowień umownych ponieść zamawiający. Zauważenia według odwołującego wymaga, że zastrzeżenie przez zamawiającego kar umownych w oderwaniu od wartości potencjalnej jego szkody, może skutkować tym, że dojdzie do nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego kosztem wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice umów, a tym samym stanowi naruszenie przepisu art. 353(1) Kodeksu cywilnego. Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi jednak mieć na uwadze ograniczenia wyni-

kające z art. 353(1) oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Odwolujący zastrzegł, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, instytucja zamawiająca, która kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy jedynie zgodnie ze swoim wyobrażeniem, w sposób arbitralny i dowolny. Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego. W szczególności wskazania wymaga, że rażąco wysoka kara umowna to błąd w SWZ - tak przykładowo orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 roku (sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18). Stąd biorąc pod uwagę liczbę zastrzeżonych kar umownych, ich znaczne kwoty, fakt ich zastrzeżenia wyłącznie na rzecz zamawiającego, powoduje, że żądanie odwołującego w zakresie modyfikacji postanowień SWZ i w zakresie kar umownych, jest w pełni uzasadnione. Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, że zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15). Uzupełniając powyższe, Prezes UZP twierdzi, że w orzecznictwie podnosi się, że „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

Odwolujący podkreślił, że nowelizacja ustawy miała na celu wyeliminowanie zapisów, prowadzących do stosowania kar rażąco wygórowanych. Zachwiana zostaje wtedy relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania, a wysokością kary umownej w wykonaniu przedmiotu umowy, z jak i wtedy, gdy zachwiany zostaje stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

W odniesieniu do zastrzeżonych kar umownych odwołujący stwierdził, że kary umowne zostały ustalone na nadmiernie wysokim poziomie i wniósł o ich stosowne obniżenie. Na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest silne oddziaływanie na niesolidnych wykonawców w sposób zapobiegający należytemu wykonaniu umowy. Zatem ustalenie przez zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych lub ich nieuzasadnione kumulowanie do nadmiernego poziomu, stanowi rażące naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary powodują sprzeczność pomiędzy celem umowy, a zasadami współżycia społecznego, czego skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego).

Odwolujący wniósł o zmianę treści SWZ przez:

1) zmianę postanowienia § 6 ust. 1 lit b) i c) projektu umowy przez zmniejszenie kar umownych:

Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia wykonawcy kary umownej w przypadku:

b) nienależytego wykonania usług porządkowo - czystościowych, stanowiących część przedmiot zamówienia, w jednorazowej wysokości 1 000,00 zł za każde zdarzenie (rozliczenie w formie kompensaty), na podstawie protokołu reklamacyjnego, sporządzonego przez zamawiającego i dostarczonego wykonawcy (obejmuje również reklamację wystawioną elektronicznie w systemie zgłoszeń i reklamacji dostarczoną przez wykonawcę),

c) nie usunięcia stwierdzonych przez zamawiającego przypadków nienależytego wykonania umowy w terminie wskazanym przez zamawiającego, w jednorazowej wysokości 1 000,00 zł za każde zdarzenie (rozliczenie w formie kompensaty), na podstawie protokołu reklamacyjnego sporządzonego przez zamawiającego i dostarczonego wykonawcy (obejmuje również reklamację wystawioną elektronicznie w systemie zgłoszeń i reklamacji dostarczoną przez wykonawcę),

2) zmianę postanowienia § 6 ust. 7 przez zmniejszenie łącznej wysokości kar umownych: Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający ograniczona jest do wartości 20 % brutto Umowy określonej w § 3 ust. 1 pkt 1.3. Umowy, nie wliczając w to kar z tytułu odstąpienia od Umowy.

Zarzut 5)

Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ (str. 6) - Opis przedmiotu zamówienia zawarł następujące postanowienie:

Wykonawca, na minimum 1 dzień, przed rozpoczęciem prac przedstawi zamawiającemu imienny wykaz (wykaz będzie zawierał: Imiona, Nazwiska oraz nr dowodów osobistych) osób, które będą realizowały przedmiotowe zamówienie. Przy każdej ewentualnej zmianie personelu realizującego zamówienie, wykonawca jest zobowiązany powiadomić, z 1 dniowym wyprzedzeniem zamawiającego, przed wprowadzeniem nowego pracownika na obiekt. Ww. powiadomienie powinno nastąpić w sposób pisemny lub przez e-mail. W przypadku nie spełnienia przez wykonawcę przedmiotowych warunków, zamawiający ma prawo odmówić wstępu na obiekt nowych osób i potraktować zaistniałą sytuację, jako nienależyte wykonanie umowy, co będzie podstawą do naliczenia stosowych kar umownych.

Odwołujący wskazał, że zamawiający żąda złożenia wykazu osób wraz z podaniem nr dowodów osobistych, co stanowi wymóg wygórowany i zbędny w procesie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Zgodnie art. 4 z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych (tzw. rozporządzenie RODO) dane osobowe oznaczają informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej („osobie, której dane dotyczą”). Możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak: □ imię i nazwisko, □ numer identyfikacyjny, □ dane o lokalizacji, □ identyfikator internetowy lub □ jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej. W preambule rozporządzenia RODO wskazano, że „Zasady ochrony danych powinny mieć zastosowanie do wszelkich informacji o zidentyfikowanych lub możliwych do zidentyfikowania osobach fizycznych”. Spseudonimizowane dane osobowe, które przy użyciu dodatkowych informacji można przypisać osobie fizycznej, należy uznać za informacje o możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej. Nr dowodu jest daną osobową w rozumieniu przepisów Rozporządzenia o ochronie danych osobowych (RODO), ponieważ pozwala na jednoznaczny identyfikację osoby fizycznej.

Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazuje, że wykaz osób powinien zawierać, w szczególności osoby odpowiedzialne za świadczenie usług, kontrolę jakości lub

kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Odwołujący podkreślił, że przy przetwarzaniu danych osobowych obowiązuje tzw. zasada minimalizacji danych tj. zgodnie z art. 5 ust. 1 lit. c RODO dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane.

Z uwagi na powyższe, zamawiający żądając podania numeru dowodu nie spełnił zasad minimalizacji danych wynikających z przepisów RODO.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia zawartego w załączniku nr 1 opis przedmiotu zamówienia przez dopuszczenie złożenia wykazu osób bez wskazania numeru dowodów osobistych.

W dniu 13 lipca 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego;
2. zasądzenie kosztów postępowania.

Uzasadnienie

Ad. Zarzut Odwołującego Nr 1

Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b ustawy w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa powinna określać zasady wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Dotyczy to zmiany ustaw regulujących stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę i wysokości minimalnej stawki godzinowej, zasad i wysokości stawek składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenia zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.

Zamawiający zobligowany jest zatem do sformułowania i opisanie zasad wprowadzania zmian w wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ani treść tych zasad, ani stopień ich szczegółowości nie zostały jednak przez ustawodawcę określone. Ze stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być „odpowiednie”. Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych według zamawiającego przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony mogły dokonać procesu zmian, według opisanej krok po kroku procedury. W ocenie zamawiającego zapisy projektowanej umowy spełniają powyższe wymagania.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż skoro zgodnie z zapisami ustawy pzp, jedynie umowy zawierane na okres dłuższy niż 12 miesięcy podlegają waloryzacji, wywieść należy, że waloryzacja nie będzie dotyczyć wynagrodzenia za pierwszych 12 miesięcy wykonywania przedmiotu umowy. Jednocześnie zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, iż nie są znane stawki wynagrodzenia minimalnego na 2023 r. Zamawiający odsyła do strony internetowej pod adresem: .

Zasadniczym celem przedmiotowych zapisów ustawy jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego, w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. W przedmiotowej sytuacji wykonawcy na dzień składania ofert będą w posiadaniu informacji jaki poziom wzrostu minimalnego wynagrodzenia wystąpi w 2023 r. co oznacza, iż mogą odpowiednio skalkulować ten poziom wzrostu w cenie ofertowej. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie uzasadnił w sposób przekonujący dlaczego pierwsza waloryzacja po upływie 12 miesięcy nie spełni celu waloryzacji.

W świetle powyższego, zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Ad. Zarzut odwołującego Nr 2

Zamawiający wprowadzi do projektu umowy następujące zmiany w par. 4a Umowy:
w ust. 2: Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi +1- 8%.

w ust. 5 : Każda ze Stron uprawniona jest do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, gdy ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku poprzedzającym wniosek o waloryzację wzrosnie/spadnie o co najmniej 8% w stosunku do roku poprzedniego.

w ust.8: Maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaka może być dokonana w trybie przewidzianym w niniejszym paragrafie, nie może przekroczyć 6% aktualnej wartości Umowy netto. Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w niniejszym paragrafie, nie obowiązuje w stosunku do tej części wynagrodzenia Wykonawcy która wynika ze

zmiany wprowadzonej na podstawie par. 4 Umowy.

Ustawodawca wprowadzając obowiązek ustanowienia klauzuli waloryzacyjnej w art. 439 ustawy pozostawił zamawiającemu możliwość doprecyzowania jej elementów. Nie jest jasne dla zamawiającego z czego wynika proponowana przez odwołującego zmiana propozycji zapisów w par 4a projektu umowy i dlaczego jej wprowadzenie jest zasadne.

Przepis art. 439 ustawy nie zawiera regulacji co do terminu i częstotliwości waloryzacji wynagrodzenia. W ocenie zamawiającego, podobnie jak w przypadku zarzutu nr 1, odwołujący nie uzasadnił w sposób przekonujący dlaczego pierwsza waloryzacja po upływie 12 miesięcy nie spełni celu waloryzacji.

W świetle powyższego, zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Ad. Zarzut odwołującego Nr 3

Zamawiający uznaje zarzut i wprowadzi do projektu umowy postanowienie o treści:
Zmniejszenie wynagrodzenia netto wskazanego w par. 3 ust. 1 pkt 1.3. w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w par. 3 ust. 2 pkt 2.2. oraz par. 11 ust. 1 pkt 1.3. i 1.5. nie może w czasie trwania Umowy wynosić więcej niż 10% wynagrodzenia umownego netto.

Ad. Zarzut odwołującego Nr 4

Zamawiający dokona modyfikacji w treści projektu umowy w par. 6 ust. 7 w ten sposób że:
„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić zamawiający ograniczona jest 40% wartości wynagrodzenia umownego netto określonego w par. 3 ust. 1 pkt

1.3. Umowy, nie wliczając w to kary z tytułu odstąpienia od Umowy."

Przepis art. 436 ustawy zobowiązuje zamawiającego do wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych. Dzięki temu daje się każdemu wykonawcy pewność co do tego, ile maksymalnie mogą wynieść go kary umowne, co pozwala oszacować przez niego odpowiednio ryzyko i wpisać je w cenę oferty. Ponadto, chroni wykonawcę przed nakładaniem na niego kar umownych bez żadnego limitu.

Jak trafnie wskazała KIO w uzasadnieniu do wyroku z 04.09.2018 r., KIO 1601/18, kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązania. Kara umowna stanowi przede wszystkim czynnik stymulacyjny i represyjny dla niesolidnego wykonawcy. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzić może do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. W związku z powyższym, ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają równi sobie przedsiębiorcy — tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 07.01.2020 r., KIO 2547/19.

Ponadto, wysokość zastrzeżonych kar umownych, w tym ich limit wysokości należy postrzegać przez pryzmat przedmiotu postępowania, okresu jego trwania a przede wszystkim faktu, iż działania zamawiającego są podejmowane w interesie publicznym.

Zamawiający podkreślił, że odwołujący nie podjął próby udowodnienia iż poziom kar określony przez zamawiającego stanowi nadmierne i nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy. Ponadto, odwołujący pomija możliwość sądowego miarkowania kary, a także fakt, iż zamawiający wprost wskazał taką możliwość w par. 6 ust. 8 umowy — w przypadku uzasadnionego wniosku wykonawcy. Co więcej, odwołujący w swojej negatywnej ocenie zapisów umowy, traci z pola widzenia inne zapisy, które niewątpliwie ograniczają odpowiedzialność wykonawcy z tytułu nałożonych kar umownych — tj. par. 6 ust. 5 „W przypadku odstąpienia od Umowy jedynie w zakresie jej niewykonanej części, wartość Umowy określoną na potrzeby wyliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia pomniejsza się o wartość usług, które zostały prawidłowo wykonane przez Wykonawcę w toku umowy i nie podlegają zwrotowi lub kompensacie.”

Zamawiający przywołał pogląd KIO wyrażony w wyroku z dnia 10.06.2020 r. KIO 969/20 gdzie Izba wskazała, że okoliczność iż określone postanowieniach umowne mogą w ocenie wykonawców być dla nich niekorzystne, nie powoduje automatycznie, iż naruszają równowagę stron umowy lub są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

W związku powyższym, zamawiający wniósł o oddalenie przedmiotowego zarzutu.

Ad. Zarzut odwołującego Nr 5

Zgodnie art. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych (tzw. rozporządzenie RODO) dane osobowe oznaczają informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej („osobie, której dane dotyczą”). Możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak: imię i nazwisko, numer identyfikacyjny.

W zapisach OPZ zamawiający wskazał konieczność przekazania przez wykonawcę imiennego wykazu osób, które będą realizowały przedmiotowe zamówienie zawierającego: imię, nazwisko oraz numer dowodu osobistego. Przekazanie przez wykonawcę imiennej listy pracowników jest niezbędne w celu zapewnienia bezpieczeństwa obiektów zamawiającego przed nieuprawnionym dostępem osób nieupoważnionych.

Samo imię i nazwisko w większości przypadków, bez innych informacji, nie umożliwia identyfikacji osoby fizycznej. Jednakże będą osoby, dla których już samo imię i nazwisko są wystarczające do jednoznacznej identyfikacji, gdyż nie będzie drugiej osoby o takim samym imieniu i nazwisku. Katalog danych osobowych jest otwarty, a definicja "danych osobowych" uznaniowa. Zgodnie z art. 4 rozporządzenia RODO, danymi osobowymi są wszelkie informacje, które umożliwiają bezpośrednią lub pośrednią identyfikację, w szczególności imię i nazwisko. Katalog danych osobowych, jest otwarty, gdyż współczesne technologie umożliwiają jednoznaczną identyfikację po informacjach takich jak lokalizacja i identyfikator urządzenia. Jednakże warto podkreślić, iż niekiedy nawet znajomość imienia i nazwiska nie będzie pozwalała na jednoznaczną identyfikację osoby, np. w przypadku bardzo popularnych nazwisk, gdyż osób noszących takie samo imię i nazwisko może być wiele.

W chwili zawarcia umowy o realizację usług sprzątnięcia obiektów zamawiającego podmiot,

któremu zostały przekazane dane "osób do kontaktu" staje się ich administratorem. Zarówno zamawiający, jak i wykonawca, będą więc pełnić rolę administratorów danych osobowych, ponieważ w sposób samodzielny i niezależny decydują o celach i środkach przetwarzania tych danych. W tym stanie faktycznym dochodzi do udostępnienia danych osobowych pracowników między dwoma podmiotami będącymi stronami umowy o realizację usług sprzątnia. Udostępnienie jest jedną z form przekazania danych osobowych innemu podmiotowi i różni się od powierzenia tym, że osoba, której dane są udostępniane decyduje o celach i środkach przetwarzania tych danych. W tym przypadku, zarówno zamawiający, jak i wykonawca, będą administratorami danych kontaktowych pracowników, ponieważ samodzielnie decydują oni o celach i sposobach przetwarzania tych danych.

Niewątpliwie każda ze stron umowy ma prawo udostępnić dane osobowe swoich pracowników. Przesłanką legalizującą takie udostępnienie jest bowiem niezbędność ich przetwarzania

w celu realizacji prawnie uzasadnionego interesu administratora (art. 6 ust. 1 lit. f RODO), w tym przypadku usprawnienia komunikacji pomiędzy stronami umowy oraz wykonania umowy/kontraktu.

W tym miejscu zamawiający wskazał również na specyfikę infrastruktury zamawiającego w szczególności obiekty elektroenergetyczne wokół, których również realizowana jest usługa sprzątnia i związane z tym zapewnienie bezpieczeństwa osób przebywających na ich terenie. Jednocześnie wskazał, że jest przedsiębiorstwem o szczególnym znaczeniu gospodarczo — obronnym. Jest to przedsiębiorca, który realizuje zadania na rzecz obronności państwa, obszar jego działania jest większy niż teren jednego województwa, a charakter pracy mieści się w obszarze: eksploatacji lotnisk i portów morskich, kolportażu, nadawaniu programów radiowych i telewizyjnych, produkcji, transportu produktów naftowych, produkcji, remontu i modernizacji sprzętu wojskowego, realizacji obrotu specjalnego, transportu, usług pocztowych i telekomunikacyjnych oraz wytwarzania i dystrybucji gazu ziemnego, paliw płynnych, a także energii elektrycznej. Oznacza to że jego działalność jest strategiczna dla istnienia i funkcjonowania państwa, a zadania, które realizuje są niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania obywateli. Ponadto zamawiający jest Operatorem usługi kluczowej (OUK). Operatorem usługi kluczowej jest podmiot, posiadający jednostkę organizacyjną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wobec którego organ właściwy (Minister odpowiedzialny za dany dział administracji rządowej) wydał decyzję o uznaniu za OUK jeżeli: podmiot świadczy usługę, która ma kluczowe znaczenie dla utrzymania krytycznej działalności społecznej lub gospodarczej — dystrybucja energii elektrycznej. Jednocześnie zamawiający posiada obiekty infrastruktury krytycznej. Infrastruktura krytyczna pełni kluczową rolę w funkcjonowaniu państwa i życiu jego obywateli. W wyniku zdarzeń spowodowanych siłami natury lub będących konsekwencją działań człowieka, infrastruktura krytyczna może być zniszczona, uszkodzona, a jej działanie może ulec zakłóceniu: przez co zagrożone może być życie i mienie obywateli. Równocześnie tego typu wydarzenia negatywnie wpływają na rozwój gospodarczy państwa. Stąd też ochrona infrastruktury krytycznej jest jednym z priorytetów stojących przed państwem polskim. Istota zadań związanych z infrastrukturą krytyczną sprowadza się nie tylko do zapewnienia jej ochrony przed zagrożeniami, ale również do tego aby ewentualne uszkodzenia i zakłócenia w jej funkcjonowaniu były możliwie krótkotrwałe, łatwe do usunięcia i nie wywoływały dodatkowych strat dla obywateli i gospodarki. Ochrona infrastruktury krytycznej to wszelkie działania zmierzające do zapewnienia funkcjonalności, ciągłości działań i integralności infrastruktury krytycznej w celu zapobiegania zagrożeniom, ryzykom lub słabym punktom oraz ograniczenia i neutralizacji ich skutków oraz szybkiego odtworzenia tej infrastruktury na wypadek awarii, ataków oraz innych zdarzeń zakłócających jej prawidłowe funkcjonowanie. Dodatkowo zamawiający posiada świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego drugiego stopnia - dokument potwierdzający zdolność przedsiębiorcy do zapewnienia ochrony informacji niejawnych przed nieuprawnionym ujawnieniem w związku z realizacją umów lub zadań. Bezpieczeństwo przemysłowe to wszelkie działania związane z zapewnieniem ochrony informacji niejawnych udostępnianych przedsiębiorcy w związku z umową lub zadaniem wykonywanym na podstawie przepisów prawa. Przedmiotem bezpieczeństwa przemysłowego są informacje niejawne o różnych klauzulach, łącznie z systemem organizacyjnotechnicznym ich ochrony. Natomiast podmiotami są przedsiębiorcy zamierzający uzyskać dostęp do informacji niejawnych w związku z realizacją umów lub zadań wynikających z przepisów prawa oraz jednostki organizacyjne zlecające ich wykonanie (jednostki zlecające).

Imienna lista pracowników wykonawcy ze wskazaniem numerów dowodów osobistych pozwoli na jednoznacznie zidentyfikować osoby fizycznej, która realizować będzie usługę sprzątnia w obiektach zamawiającego.

W ocenie inspektora ochrony danych zamawiającego w celu zapewnienia bezpieczeństwa i ochrony mienia zamawiającego oraz odnosząc się do specyfiki obiektów, pozyskanie danych pracowników wykonawcy w postaci imienia, nazwiska oraz numeru dowodu osobistego ewentualnie numeru PESEL nie stoi w sprzeczności z zasadą minimalizacji danych. Ponadto należy wskazać, że sprzątnie obiektów zamawiającego odbywa się po godzinach pracy

pracowników, a pracownicy wykonawcy pozostają bez nadzoru-zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ wraz z załącznikami i odpowiedzi na pytania skierowane do SWZ.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Załącznik nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia

Wymagania ogólne dotyczące Wykonawców i sposobu realizacji zamówienia:

A. wymagania odnośnie personelu:

□ Wykonawca, na minimum 1 dzień, przed rozpoczęciem prac przedstawi Zamawiającemu imienny wykaz (wykaz będzie zawierał: Imiona, Nazwiska oraz nr dowodów osobistych) osób,

które będą realizowały przedmiotowe zamówienie. Przy każdej ewentualnej zmianie personelu realizującego zamówienie, Wykonawca jest zobowiązany powiadomić, z 1 dniowym wyprzedzeniem Zamawiającego, przed wprowadzeniem nowego pracownika na obiekt. Ww. powiadomienie powinno nastąpić w sposób pisemny lub przez e-mail. W przypadku nie spełnienia przez Wykonawcę przedmiotowych warunków, Zamawiający ma prawo odmówić wstępu na obiekt nowych osób i potraktować zaistniałą sytuację, jako nienależyte wykonanie umowy, co będzie podstawą do naliczenia stosowych kar umownych. Wykonawca, na minimum 1 dzień, przed rozpoczęciem prac przedstawi Zamawiającemu imienny wykaz (wykaz będzie zawierał: Imiona, Nazwiska oraz nr dowodów osobistych) osób, które będą realizowały przedmiotowe zamówienie. Przy każdej ewentualnej zmianie personelu realizującego zamówienie, Wykonawca jest zobowiązany powiadomić, z 1 dniowym wyprzedzeniem Zamawiającego, przed wprowadzeniem nowego pracownika na obiekt. Ww. powiadomienie powinno nastąpić w sposób pisemny lub przez e-mail. W przypadku nie spełnienia przez Wykonawcę przedmiotowych warunków, Zamawiający ma prawo odmówić wstępu na obiekt nowych osób i potraktować zaistniałą sytuację, jako nienależyte wykonanie umowy, co będzie podstawą do naliczenia stosowych kar umownych.

Wzór umowy usługa sprzątania:

par. 3 Wynagrodzenie pkt. 2.2.

Zamawiający pomniejszy koszt usługi w danym miesiącu o metraż pomieszczeń lub terenów zewnętrznych wyłączonych z eksploatacji przez minimum 5 dni roboczych (np. przerwa urlopową, remont, malowanie — przyczyny niezależne od Zamawiającego i niemożliwe do przewidzenia w momencie podpisywania umowy). O ww. wyłączeniu w eksploatacji Zamawiający poinformuje Wykonawcę co najmniej z jednodniowym wyprzedzeniem.

par. 2 Sposób realizacji umowy

3. Wykonawca zobowiązuje się, iż osoby, z których pomocą usługę wykonuje, jak również osoby którym wykonanie usługi powierza będą posiadać aktualne badania lekarskie (okresowe), uprawnienia dotyczące prac na wysokości, potwierdzające zdolność do wykonywania usługi.

4. W czasie trwania umowy Wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia Zamawiającemu do wglądu dokumentów, potwierdzających iż osoby, o których mowa w ust. 3, spełniają warunki określone w ust. 3.

17. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zatrudnionych przez siebie pracowników w związku z wykonywaniem przez nich prac zleconych przez Zamawiającego zgodnie z S 1 umowy j w razie wyrządzenia przez nich szkody obowiązuje do jej niezwłocznego naprawienia.

18. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody powstałe w związku z realizacją usług oraz wskutek innych działań osób zatrudnionych przez Wykonawcę,

22. Wykonawca przed rozpoczęciem prac przedstawi Zamawiającemu imienny wykaz osób, które będą realizowały przedmiotowe zamówienie. Przy każdej zmianie personelu realizującego zamówienie, Wykonawca jest zobowiązany powiadomić pisemnie Zamawiającego, przed wprowadzeniem nowego pracownika na obiekt, poprzez doręczenie imiennego wykazu pracowników z podaniem rodzaju oraz nr dokumentu tożsamości.

par. 4 Zmiana wynagrodzenia

1. Zamawiający przewiduje zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany:

1.1 stawki podatku od towarów i usług (VAT w okresie obowiązywania umowy). Należna kwota podatku VAT zostanie obliczona od kwoty wynagrodzenia netto w wymiarze obowiązującym w dniu wystawienia przez Wykonawcę faktury VAT,

1.2 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,

1.3 zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniom zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne i ub zdrowotne,

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

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania Zamówienia przez Wykonawcę.

2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1, przy czym wynagrodzenie nie będzie podlegać waloryzacji przez okres 12 miesięcy okresu obowiązywania Umowy, z wyłączeniem przypadku z pkt. 1.1.

par. 4 a Waloryzacja

1. Wynagrodzenie określone w Umowie podlega zmianom w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia — na warunkach określonych w niniejszym paragrafie.

2. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosi +/-10 %.

3. Warunkiem zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie wykazanie przez daną stronę Umowy, że zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała faktyczny wpływ na koszty wykonania Umowy.

4. Za początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia Strony przyjmują datę podpisania Umowy.

5. Każda ze Stron uprawniona jest do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, gdy ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku poprzedzającym wniosek o waloryzację wzrośnie/spadnie o co najmniej 10% w stosunku do roku poprzedniego.

6. W przypadku przyjęcia przez Stronę, że zachodzą przesłanki do dokonania zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą cen materiałów i kosztów, Strona ta wystąpi do drugiej Strony z pisemnym wnioskiem o dokonanie wymaganej zmiany, wskazując na okoliczności i dokumenty uzasadniające takie stanowisko. Do procedury wzajemnego ustalenia przedmiotowej zmiany stosuje się odpowiednio postanowienia S 4 Umowy.

7. Przyjmuje się następujące okresy, w których może następować zmiana Wynagrodzenia Wykonawcy: 12 miesięcy. Waloryzacja nie dotyczy wynagrodzenia za usługi wykonane przed datą złożenia wniosku.

8. Maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia, jaka może być dokonana w trybie przewidzianym w niniejszym paragrafie, nie może przekroczyć 3 % aktualnej wartości Umowy netto. Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w niniejszym paragrafie, nie obowiązuje w stosunku do tej części wynagrodzenia Wykonawcy która wynika ze zmiany wprowadzonej na podstawie S 4 Umowy.

9. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, w celu ustalenia zmiany wysokości Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, oblicza się różnicę między średnią ceną materiałów lub kosztów, obowiązującą w dniu otwarcia ofert, a ceną nabycia materiałów lub rzeczywiście poniesionych kosztów przez Wykonawcę — zgodnie z niniejszym paragrafem.

10. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub

kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.

11. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące

warunki:

- 1) przedmiotem są usługi;
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

12. W przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez Wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia — zgodnie z ustępem poprzedzającym — Zamawiający jest uprawniony naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości [5.000,00 zł.] za przypadek każdego podwykonawcy, którego takie naruszenie

dotyczy.

13. Zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określone w niniejszym paragrafie zostaną wprowadzone w postaci pisemnego aneksu do Umowy.

par. 11 Zmiany umowy oraz zastrzeżenie Zamawiającego

1. Zmiana istotnych postanowień Umowy, w szczególności w stosunku do treści Załącznika nr 1, jest możliwa tylko w zakresie wynikającym z treści art. 455 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w przypadkach i na warunkach określonych poniżej:

1.3. zmniejszenia zakresu świadczonych usług Wykonawcy i w związku z tym wynagrodzenia, w przypadku sprzedaży obiektów podlegających usłudze,

1.5. zmniejszenia zakresu świadczonych usług Wykonawcy i w związku z tym wynagrodzenia, w przypadku zmiany ilości pomieszczeń podlegających realizacji umowy.

Par. 4a zmiana wynagrodzenia

1. Wynagrodzenie określone w Umowie podlega zmianom w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia — na warunkach określonych w niniejszym paragrafie.

2. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosi +/-10 %.

3. Warunkiem zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie wykazanie przez daną stronę Umowy, że zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała faktyczny wpływ na koszty wykonania Umowy.

4. Za początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia Strony przyjmują datę podpisania Umowy.

5. Każda ze Stron uprawniona jest do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, gdy ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w roku poprzedzającym wniosek o waloryzację wzrosł/spadł o co najmniej 10% w stosunku do roku poprzedniego.

6. W przypadku przyjęcia przez Stronę, że zachodzą przesłanki do dokonania zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą cen materiałów i kosztów, Strona ta wystąpi do drugiej Strony z pisemnym wnioskiem o dokonanie wymaganej zmiany, wskazując na okoliczności i dokumenty uzasadniające takie stanowisko. Do procedury wzajemnego ustalenia przedmiotowej zmiany stosuje się odpowiednio postanowienia S 4 Umowy.

7. Przyjmuje się następujące okresy, w których może następować zmiana Wynagrodzenia Wykonawcy: 12 miesięcy. Waloryzacja nie dotyczy wynagrodzenia za usługi wykonane przed datą złożenia wniosku.

8. Maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia, jaka może być dokonana w trybie przewidzianym w niniejszym paragrafie, nie może przekroczyć 3 % aktualnej wartości Umowy netto. Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w niniejszym para-

grafie, nie obowiązuje w stosunku do tej części wynagrodzenia Wykonawcy która wynika ze zmiany wprowadzonej na podstawie par. 4 Umowy.

9. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, w celu ustalenia zmiany wysokości Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, oblicza się różnicę między średnią ceną materiałów lub kosztów, obowiązującą w dniu otwarcia ofert, a ceną nabycia materiałów lub rzeczywiście poniesionych kosztów przez Wykonawcę — zgodnie z niniejszym paragrafem.

10. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.

11. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: 1) przedmiotem są usługi; 2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

12. W przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty przez Wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia — zgodnie z ustępem poprzedzającym — Zamawiający jest uprawniony naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości [5.000,00 zł.] za przypadek każdego podwykonawcy, którego takie naruszenie dotyczy.

13. Zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy określone w niniejszym paragrafie zostaną wprowadzone w postaci pisemnego aneksu do Umowy.

par. 7 Wymóg zatrudnienia

2. W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec wykonawcy odnośnie spełnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane w ust. 7 czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do żądania:

2.1. oświadczeń w zakresie potwierdzenia spełnienia ww. wymogów i dokonywania ich oceny;

2.2. oświadczenia Wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,

2.3. poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,

2.4. innych dokumentów - zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika. Dla uniknięcia wątpliwości Strony niniejszym potwierdzają, że dla realizacji przez Zamawiającego działań weryfikacyjnych bezpośrednie zastosowanie w zakresie wypełnienia wymogów ochrony danych osobowych mają wymogi oraz tryb postępowania przewidziane w par. 13.

par. 8 Okres obowiązywania Umowy

Umowa wchodzi w życie z dniem podpisania z mocą obowiązywania od 01.01.2023 roku do 31.12.2024 roku, zgodnie z harmonogramem.

par. 13 Ochrona danych osobowych

1. Strony niniejszej Umowy, a także Podwykonawcy stron, o ile występują w procesie przetwarzania danych, zobowiązują się do ochrony danych osobowych udostępnianych wzajemnie w związku z jej wykonaniem, stosując w tym celu środki organizacyjno-techniczne, o których mowa w art. 32 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (dalej „RODO”), a także inne powszechnie obowiązujące przepisy prawa unijnego i krajowego, które chronią prawa osób, których dane dotyczą.

2. Każda ze Stron oświadcza, że jej pracownicy, współpracownicy lub inne osoby fizyczne posiadające dostęp do danych osobowych przedstawicieli drugiej Strony (w tym danych kon-

taktowych) znają przepisy dotyczące ochrony danych osobowych, działają na podstawie polecenia administratora danych (art. 29 RODO) lub imiennego upoważnienia uprawniającego do przetwarzania danych osobowych w tym zakresie, a także zobowiązane są do zachowania w tajemnicy informacji prawnie chronionych.

3. Strony oświadczają, że udostępniają sobie wzajemnie dane pracowników wyznaczonych do reprezentacji Stron i realizacji Umowy w celu i zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji Umowy.

4. Dane osobowe osób, o których mowa w, będą przetwarzane przez Strony jedynie w celu i zakresie niezbędnym do wykonania zadań związanych z realizacją zawartej Umowy.

5. Klauzula informacyjna dla osób wyznaczonych przez do wykonywania Umowy znajduje się na stronie: . Klauzula informacyjna dla osób wyznaczonych przez PGE Dystrybucja S.A. do wykonania Umowy znajduje się: na stronie:

6. Strony są zobowiązane poinformować osoby wyznaczone do wykonania Umowy o miejscu udostępnienia informacji, o których mowa w ustępie powyżej.

7. Niezależnie od postanowień powyżej, każda ze Stron, jeśli będzie to konieczne, zrealizuje własny obowiązek informacyjny w przyjęty przez siebie sposób.

8. Żadna ze Stron nie będzie ponosić odpowiedzialności za niezgodne z przepisami działania i zaniechania innej Strony w zakresie obowiązków związanych z przetwarzaniem danych osobowych.

9. Wykonawca zobowiązany jest na wezwanie Zamawiającego przedstawić potwierdzenie wypełnienia obowiązku informacyjnego, o którym mowa w ust. 5 w terminie nie dłuższym niż 7 dni od otrzymania wezwania. Wezwanie może zostać złożone pisemnie na adres korespondencyjny Wykonawcy lub za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres mailowy osoby odpowiedzialnej za realizację Umowy.

10. Niezależnie od ustępów powyższych, jeżeli w związku z wykonaniem Umowy niezbędne będzie powierzenie przetwarzania Danych osobowych lub ich udostępnienie, Strona która otrzyma Dane osobowe lub będzie przetwarzała Dane osobowe, jest zobowiązana uwzględnić wymogi określone w obowiązujących przepisach, w szczególności Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem Danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich Danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie Danych) (dalej: „RODO”) i w Ustawie z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie Danych osobowych, ponadto Strony uregulują kwestię przepływu Danych osobowych w formie pisemnej poprzez zawarcie odrębnej umowy powierzenia przetwarzania danych zgodnie ze wzorem obowiązującym w PGE Dystrybucja S.A., w której uregulują w szczególności cel i zakres przetwarzania Danych osobowych lub poprzez zawarcie Umowy Udostępnienia Danych.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego 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 przez wadliwe ustalenie w treści projektu umowy postanowień w przedmiocie aktualizacji wynagrodzenia obligujących wykonawcę do zaoferowania niezmienności cen do 2024 roku, w sytuacji gdy zgodnie z niniejszym przepisem waloryzacja wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadkach, o których mowa w niniejszym przepisie, następuje automatycznie, a nowa wysokość wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie nowych przepisów

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 436 pkt. 4 lit. b ustawy ustawodawca nakazał, aby zamawiający zawarł w umowie postanowienia określające w szczególności w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie 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 ubezpieczenie zdrowotne,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Ustawodawca zatem przewidział zakres obligatoryjnych postanowień umownych, oraz rodzaj umów których ten oblig dotyczy. Obowiązek waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmian stawek Vat, minimalnego wynagrodzenia, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym i zdrowotnemu i zasad związanych z pracowniczymi planami kapitałowymi dotyczy jedynie umów zawartych na dłuższym okres niż 12 miesięcy. Ustawodawca nie przewidział nawet możliwości wprowadzenia przez zamawiającego takich wymagań w odniesieniu do umów krótszych przeciwnie jak przewidział, to w art. 440 ustawy dla zmian waloryzacyjnych związanych ze zmianą cen materiałów i lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Ustawodawca nie określił także, że dwanaście miesięcy musi obejmować rok budżetowy zamawiającego, czy okres obowiązywania obciążeń publicznych wymienionych w tym przepisie. Ustawodawca wskazał, że gdy umowa trwa dłużej niż 12 miesięcy zamawiający ma przewidzieć, że ulega ona zmianie w przypadku zmiany obciążeń publicznych. Jednak słusznie zauważył zamawiający, gdyby było tak, że wola ustawodawcy było zminimalizowanie ryzyka wykonawców związanego ze zmianą obciążeń publicznych w każdym przypadku takiej zmiany, to ustawodawca nie wprowadziłby ograniczenia tylko do kontraktów ponad dwunastomiesięcznych.

Przepis ten nakazywałby bowiem zamawiającym wprowadzenie mechanizmów waloryzacyjnych w każdym przypadku zmiany obciążeń publicznych. Na takie rozwiązanie nie zdecydował się jednak ustawodawca. W ocenie Izby rację ma zatem zamawiający, że ustawodawca wprowadzając art. 436 pkt. 4 lit. b ustawy rozłożył ryzyka zwiększenia zmian obciążeń publicznych pomiędzy zamawiających i wykonawców, w ten sposób, że przy umowach do 12 miesięcy, to wykonawcy muszą przyjąć na siebie ryzyko zmian tych obciążeń, a po tym okresie ryzyko zmian zostaje przeniesione także na zamawiających. W ocenie Izby taka wola ustawodawcy powoduje, że nie stanowi naruszenia przepisów ustawy przewidzienie przez zamawiającego zmian waloryzacyjnych po okresie 12 miesięcy obowiązywania umowy.

Z tego też względu Izba postanowiła zarzut oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 431 i art. 439 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353(1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny („KC”) przez ustalenie postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, z określeniem, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia zostanie dokonana po roku obowiązywania umowy, co stanowi obejście przepisów ustawy dotyczących obowiązkowych umownych klauzul waloryzacyjnych wynagrodzenia wykonawcy zawartych w art. 439 ust. 1, a co za tym idzie, prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi kontraktowej stron umowy przez przerzucenie ryzyk związanych z wahaniami cen na rynku usług w przedmiotowym okresie na wykonawcę

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 439 ust. 1 umowa, której przedmiotem są 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. Zatem obowiązkiem zamawiającego jest przewidzenie klauzuli waloryzacyjnej jedynie dla umów dłuższych niż 12 miesięcy. Zamawiający wprowadzić może przewidzieć klauzule waloryzacyjne w umowach zawartych na okres krótszy - art. 440 ustawy, ale pod warunkiem zastosowania zasad określonych w art. 439 ust. 2 - 4 ustawy. Zgodnie z ust. 2 art. 439 ustawy w umowie określa się poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Przy czym początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, to nie termin od którego możliwe jest wystąpienie z żądaniem wprowadzania zmiany wynagrodzenia, ale termin, według którego oceny będąc poziom zmiany cen lub kosztów. Świadczy o tym art. 439 ust. 3 ustawy, który określa ten termin w przypadku, kiedy pomiędzy terminem składania ofert, a terminem zawarcia umowy upłynęło więcej niż 180 dni. Oznacza, to w ocenie Izby, że ustawodawca założył, że nie wszelkie zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniają do ustalenia poziomu zmiany wynagrodzenia, ale takie, które nastąpiły w dłuższym 6 miesięcznym okresie od momentu ofertowania. Zamawiający może przewidzieć ter-

min wcześniejszy, ale nie musi. Izba podkreśla, że ten termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, to nie termin wystąpienia z roszczeniem o zmianę umowy, nie mniej jednak skoro ustawodawca przewidział, że termin ustalenia zmiany wynagrodzenia nie powinien być wcześniejszy niż 6 miesięcy od ofertowania, to ustawodawca uznał, że ryzyko zmiany cen materiałów i kosztów w bliskiej perspektywie czasowej od ofertowania nie stanowi nadmiernego ryzyka wykonawcy. Skoro tak, to w ocenie Izby nie ma podstaw do przyjęcia, że termin wystąpienia z roszczeniem o zmianę wynagrodzenia powinien zgodnie z ustawą być wcześniejszy niż po upływie 12 miesięcy od zawarcia umowy. Podobnie jak w przypadku art. 436 ustawy ustawodawca nie odwołał się w przepisie do umów trwających dłużej niż rok, nie odwołał się do roku kalendarzowego, czy roku budżetowego wskazał na umowy długoterminowe i uznał, że ryzyko przy umowach krótko terminowych daje się oszacować przez wykonawcę i nie stanowi nadmiernego ryzyka gospodarczego związanego z wykonaniem danego zamówienia. Tym samym Izba nie uznała za niezgodne z ustawą postanowienia umownego z par. 4 ust. 7 wzoru umowy sprzątań.

Ustawodawca przewidział uprawnienie zamawiającego do przewidzenia zmian waloryzacyjnych z art. 439 ustawy także do innych rodzajów umów, o których mowa w art. 440 ustawy, z czego można wywieść, że skoro zamawiający może przewidzieć klauzule waloryzacyjne dla umów trwających krócej niż 12 miesięcy, to może przewidzieć także szybszą niż po upływie 12 miesięcy waloryzację. Jednakże jest to uprawnienie zastrzeżone dla zamawiającego, z którego w ocenie Izby nie sposób wywieść obowiązku zamawiającego, a w konsekwencji ewentualne uchybienie ustawie przez zamawiającego przez brak skorzystania z uprawnienia. Co więcej podobne stanowisko zajęła Izba w powołanym przez odwołującego wyroku KIO 552/22 z 18 lutego 2022 r., w którym Izba stwierdziła, że „Również co do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, o której mowa w § 9 wzoru umowy, Izba stwierdziła, że Zamawiający wypełnił wymagania ustawowe takie postanowienia w umowie zawierając, przy czym ich treść nie jest niezgodna z prawem - nawet jeśli postanowienia te nie do końca satysfakcjonują Odwołującego i chciałby on, aby zasady waloryzacji zostały uregulowane w inny sposób. Zdaniem Izby Zamawiający także w sposób wystarczający rozłożył ryzyko pomiędzy strony umowy. Nie jest też niezgodne ze wskazanymi przez Odwołującego przepisami założenie, że stawki pozostaną niezmiennie przez okres 12 miesięcy. Ustawodawca rzeczywiście bowiem do takiego okresu trwania umowy odniósł się w art. 439 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako okresu, w którym waloryzacja nie jest konieczna.

Zrozumiałe jest przy tym, że Zamawiający również po swojej stronie chciałby mieć pewien zagwarantowany okres stabilności wynagrodzenia, dla którego mógłby przewidzieć swój budżet. I takie postanowienie umowy nie jest niezgodne z prawem, jakkolwiek Izba nie jest przekonana, czy jest ono dla Zamawiającego rzeczywiście korzystne pod względem ekonomicznym. Należy bowiem zauważyć, że umowy zostaną zawarte najprawdopodobniej w połowie roku 2022, zatem wykonawcy już na wstępie, przy stawkach wynagrodzenia odnoszących się do wynagrodzenia minimalnego, będą musieli przewidzieć dodatkowe kwoty na ryzyko wzrostu wynagrodzenia minimalnego w roku 2023 (albo ryzykować złożenie ofert z niższą ceną) - tym samym Zamawiający już w roku 2022 będzie musiał wypłacać wykonawcy wynagrodzenie odnoszące się de facto do roku 2023, a potem również będzie dokonywał waloryzacji w odniesieniu do tych podwyższonych stawek. Zatem w ocenie Izby bardziej racjonalne i korzystniejsze dla obu stron pod kątem ryzyka byłoby przewidzenie waloryzacji od dnia zmiany przepisów, a nie po 12 miesiącach.”.

Izba w cytowanym orzeczeniu orzekła zatem, że nie jest niezgodne z ustawą przewidzenie waloryzacji po 12 miesiącach obowiązywania umowy, Izba wręcz pokreśliła potrzebę stabilizacji po stronie zamawiającego, a jedynie poddała pod wątpliwość racjonalność zamawiającego, której ocena jednak nie mieści się w granicach kognicji Izby.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 433 pkt 4 ustawy przez wprowadzenie przez zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych ze względu na dopuszczenie do dowolnego kształtowania przez zamawiającego wielkości zamówienia i zaniechanie ustalenia w treści SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron

Zarzut nie podlegał rozpoznaniu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił podniesiony zarzut i zobowiązał się do modyfikacji postanowień SWZ. Zgodnie z art. 522 ust. 4 w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. W tej sprawie do postępowania odwoławczego nikt po stronie zamawiającego nie przystąpił. Ziszczy się zatem przesłanki do umorzenia postępowania

nia w zakresie tego zarzutu, co znalazło odzwierciedlenie w pkt. 1.1. sentencji orzeczenia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego przez ustalenie łącznej wysokości kar umownych, których może dochodzić zamawiający na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do okoliczności, które mogą stać u podstaw powstania roszczenia zamawiającego o jej zapłatę

Zarzut nie podlegał rozpoznaniu. Zarzut został wycofany przez odwołującego, stąd nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy ustawodawca przewidział dopuszczalność cofnięcia części zarzutów. Skoro zarzut został cofnięty, to zgodnie z art. 519 ust. 2 ustawy należało uznać, że w tym zakresie odwołanie nie wywołało skutków związanych z wniesieniem odwołania, a na mocy art. 568 pkt. 1 ustawy postępowanie w tym zakresie podlegało umorzeniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 99 ust. 1 ustawy przez wadliwy opis przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, w zakresie żądania wykazu osób w zakresie szerszym niż przewiduje ustawa

Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący naruszenia ustawy upatruje w art. 99 ust. 1 ustawy, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W ocenie Izby odwołujący błędnie utożsamia wykaz osób z par 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z wykazem osób stanowiącym element sposobu realizacji zamówienia pisany w pkt. A Opisu przedmiotu zamówienia oraz w par. 3 ust. 22 wzoru umowy. Wykaz osób z rozporządzenia jest składany w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zaś wykaz opisany w dokumentach zamówienia przez zamawiającego jest sposobem wykonania zamówienia w sposób zabezpieczający interesy zamawiającego związane z ochroną obiektów objętych zamówieniem przez nieuprawnionym wtrągnięciem. W ocenie Izby nie można uznać, że na potrzeby realizacji zamówienia zamawiający może oczekiwać informacji wyłącznie takich jakie mają służyć potwierdzeniu spełniania warunku udziału. Przede wszystkim choćby z tego względu, że warunek ma być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nie z nim tożsamy. Z tego względu wskazanie przez odwołującego, że zamawiający może żądać wykazu osób z informacjami o ich kwalifikacjach zawodowych, uprawnieniach, doświadczeniu i wykształceniu, a także zakresie wykonywanych czynności i podstawie dysponowania, nie oznacza, że zamawiającemu mogą okazać się potrzebne inne dane o pracownikach wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Zamawiający uzasadnił potrzebę pozyskania informacji o numerze i serii dowodu osobistego pracownika wskazując na konieczność identyfikacji osoby stawiającej się do wykonania zamówienia z uwagi na strategiczny charakter zamawiającego i specyfikę jego funkcjonowania. Izba uznała taką potrzebę za usprawiedliwioną. Wymóg jest ukształtowany w sposób jednoznaczny, zrozumiały, uwzględniający wymagania zamawiającego i jednakowy dla wszystkich wykonawców. W ocenie Izby wymóg ten nie preferuje żadnego z wykonawców, ani nie opisuje usługi dostarczanej tylko przez jednego wykonawcę, tym samym nie sposób mu przypisać naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy. Izba zwraca uwagę na granice swojej kognicji wskazane w art. 513 ustawy. Z przepisu tego wynika, że Izba rozpoznaje odwołania na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego lub na zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. Odwołujący zaś naruszenia prawa przez zamawiającego upatruje w przepisach Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem Danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich Danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE i w Ustawie z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie Danych osobowych. W ocenie Izby do badania tego typu uchybień Izba nie została upoważniona w art. 473 ust. 1 ustawy. Izba zauważa, że odwołujący kwestionuje uprawnienie zamawiającego do żądania serii i numeru dowodu osobistego pracownika, a nie kwestionuje innych postawień umownych, które również wymagają od wykonawcy przekazania zamawiającemu danych umożliwiających identyfikację osoby - w par. 3 ust. 3 i 4 zamawiający uzyskuje prawo wglądu do dokumentów w postaci okresowych badań lekarskich, uprawnień do wykonywania prac na wysokości, z kolei w związku z dokumentowaniem zatrudnienia określonych osób na podstawie umowy o pracę zamawiający zgodnie z par. 7 zamawiający uprawniony jest w szczególności do żądania:

- 2.1. oświadczeń w zakresie potwierdzenia spełnienia ww. wymogów i dokonywania ich oceny;
- 2.2. oświadczenia Wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,
- 2.3. poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,
- 2.4. innych dokumentów - zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.

Tym samym odwołujący w pewnych sytuacjach godzi się na przekazywanie danych osobowych, uznając to za usprawiedliwione potrzebą zamawiającego, a w przypadku serii i numeru dowodu osobistego umożliwiających jednoznaczną identyfikację pracownika uznaje ten wymóg za nadmierny. W ocenie Izby skoro zamawiający usprawiedliwił potrzebę pozyskania tych danych i żądając ich równo potraktował wszystkich wykonawców, to nie ma podstaw do uznania, że zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty wydatków pełnomocnika w kwocie 3600zł. - zgodnej ze złożoną fakturą.

Przewodniczący:.....