Sygn. akt: KIO 2571/24

WYROK

Warszawa, dnia **19 sierpnia 2024 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu14 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Impel S.A., ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocławw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Jana III Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2 naruszenia przez Zamawiającego: Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Jana III Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo -art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów, z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego: Impel S.A, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław.**
2. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 1 naruszenia przez Zamawiającego: Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Jana III Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo -art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, i nakazuje zmianę projektu umowy Zamawiającemu poprzez wprowadzenie do postanowień projektu umowy postanowień ograniczających przedmiot zamówienia ze wskazaniem realnej, minimalnej wartości lub wielkości zamówienia, czyli świadczenia stron.**
3. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Jana III Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę **Impel S.A., ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław** tytułem uiszczonego wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Impel S.A., ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław**tytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego oraz kwotę **885 zł 50 gr** (słownie: osiemset osiemdziesiąt pięć złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez **Impel S.A., ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław**tytułem dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę,
   3.2. zasądza od **Zamawiającego Skarb Państwa – 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Jana III Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo** na rzecz wykonawcy **Odwołującego Impel S.A., ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław** kwotę **19 485 zł 50 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta osiemdziesiąt pięć złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania, wydatków pełnomocnika Odwołującego oraz dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2571/24

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *świadczenie usług kompleksowego sprzątania pomieszczeń i terenów zewnętrznych na terenach kompleksów wojskowych administrowanych przez 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Wejherowie,* zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejw dniu 12.07.2024 r. S 135 pod numerem 417258-2024 przez: Skarb Państwa - 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Jana III Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowozwany dalej: *„Zamawiającym”*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 - zwanej dalej: *„Pzp” albo „PZP” albo „ustawy Pzp”*). Postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: *„SWZ”*) zostały opublikowane w tym samym dniu na stronie: .

W dniu 22.07.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)Impel S.A., ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław zwana dalej: *„Impel S.A.”* albo *„Odwołującym”* wniosła odwołanie na postanowienia SWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 433 pkt 4 Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,
2)art. 439 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:
1)Modyfikację § 4 ust 7 proponowanych postanowień umowy w następujący sposób lub równoważny:

„7. W przypadku wyłączenia z eksploatacji i użytkowania obiektów oraz powierzchni przewidzianych do wykonania usługi Zamawiający zastrzega sobie prawo odpowiedniego zmniejszenia wynagrodzenia w oparciu o ceny jednostkowe określone w załączniku nr *6* do umowy i różnice w ilości powierzchni do utrzymania porządków określone w załączniku nr 1, 2, 3, 4 do umowy z zastrzeżeniem zapisów § 14 ust 8 niniejszej umowy"
2)Modyfikację § 14 ust 8 proponowanych postanowień umowy poprzez dodanie po pkt 4) pkt 5) w następującym brzmieniu lub równoważnym:

„5) Ograniczenie zakresu zamówienia, o którym mowa powyżej nie może skutkować zmniejszeniem łącznej wartości brutto usług, stanowiących przedmiot umowy, do wartości niższej, niż 90% kwoty, o której mowa w § 4 ust 1"
3)Modyfikację § 4 ust 18,19,20,21,22 proponowanych postanowień umowy w następujący sposób lub równoważny:
„18. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany (zwiększenia albo zmniejszenia) wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w części niewypłaconej, na zasadach określonych w niniejszej umowie oraz w treści art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych w oparciu o następujące zasady:
*1)*Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji po zakończeniu każdych 6 miesięcy świadczenia usługi z zastrzeżeniem, że w przypadku gdy Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, w wyniku którego zawarto Umowę.
*2)*Każda ze stron Umowy może zwrócić się do drugiej strony z wnioskiem o waloryzację w terminie do 30 dni od dnia upływu każdych kolejnych 6 miesięcy realizacji Umowy. Strona rozpatruje wniosek w terminie 30 dni od dnia jego wpływu.
*3)*Pierwsza waloryzacja może nastąpić po *6* miesiącach realizacji Umowy.
*4)*Wynagrodzenie będzie podlegać waloryzacji (wzrost lub obniżenie). w oparciu o ostatnio opublikowany w chwili składania wniosku o waloryzację półroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych opublikowany w formie komunikatu przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski" na stronie internetowej Urzędu (okres poprzedni = 100).
*5)*Strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik wzrostu lub obniżenia cen towarów i usług, o którym mowa w ust. 4 osiągnie minimum 2% w stosunku do okresu poprzedniego.
*6)*W przypadku likwidacji określonego w ust. 4 wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa w niniejszym paragrafie stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy wskaźnik lub podmiot.
*7)*W wyniku dokonania waloryzacji, całkowite wynagrodzenie może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu maksymalnie o 15% całkowitego wynagrodzenia brutto.
*8)*Zmiana cen materiałów lub zmiana kosztów musi być związana z realizacją Umowy. Udowodnienie powyższych okoliczności spoczywa na Wykonawcy. W tym celu Zamawiający może żądać od Wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających te okoliczności.
*9)*Zmiana wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w niniejszym paragrafie, wymaga zawarcia aneksu pod rygorem nieważności.
*10)*Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu, zobowiązany jest do niezwłocznej zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania Podwykonawcy."
4)Modyfikację załącznika nr 12 do SWZ - ZASADY WALORYZACJI NA PODSTAWIE § 4 UMOWY poprzez usunięcie wzoru „Waloryzacja „cenowa".

I. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wprowadzając możliwość ograniczenia przedmiotu zamówienia w § 4 ust 7 oraz § 14 ust 8 proponowanych postanowień umowy, Zamawiający zaniechał precyzyjnego określenia gwarantowanej wartości lub wielkości zamówienia w świetle przepisu art. 433 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający, dążąc do minimalizacji cen w ofertach - winien być zainteresowany jasnym i realnym wskazaniem "gwarantowanego" zakresu udzielanego zamówienia, co spowoduje, że Wykonawcy nie będą w ceny ofert wkalkulowywać ryzyka, wynikającego z ewentualnego "niezamówienia usług". Zamawiający musi mieć świadomość, że przy braku określenia pułapu gwarantowanej wielkości zamówienia, wykonawca nie jest w stanie pokryć

kosztów wdrożenia usługi, nie mówiąc już o wygenerowaniu zysku.

Odwołujący podkreśla, że w uzasadnieniu do ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych ustawodawca wyraźnie wskazuje zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Dopełnieniem jest przykładowy katalog abuzywnych klauzul wskazany w art. 433 Pzp. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, które jest uzasadnione specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminacje postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców.

Z uwagi na powyższe, brak wskazania w SWZ gwarantowanej wielkości zamówienia, stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp, w tym w szczególności naruszenie art. 433 pkt 4 Pzp.

Uwagi wymaga również fakt, że okoliczności i przyczyny zmiany wielkości zamówienia opisanej w postanowieniach umownych, w niektórych przypadkach, mogą być zależne wyłącznie od woli Zamawiającego. Na skutek przywołanych w akapicie pierwszym postanowień umownych wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż wyłączenia np. ze względu na prowadzone prace remontowe, czy też prowadzone modernizacje nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego.

Należy podkreślić, że Wykonawca zobowiązany jest ponosić koszty związane z wykonywaniem usługi niezależnie od wyłączeń dokonanych przez Zamawiającego. Przede wszystkim Wykonawca zobowiązany jest ponosić koszty stałe, związane z zatrudnieniem określonej, wymaganej przez Zamawiającego liczby personelu, zatrudnionego na podstawie stosunku pracy. W dodatku wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans", gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu. Pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, sprzęt dodatkowo traci na wartości, a asortyment może utracić datę przydatności do użycia.

Przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia, a w zasadzie jej brak, cechuje się niejednoznacznością i nie czyni za dość wymaganiom stawianym przez art. 433 pkt 4 Pzp. Skutkuje to brakiem możliwości wykonania rzetelnej wyceny oferty przez Wykonawcę, a tym samym wpływa na decyzję potencjalnych wykonawców o udziale w postępowaniu.

Odwołujący wnosił zatem o zmianę postanowienia projektu umowy i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 90% wartości zamówienia.

II. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w §4 ust. 18-22 załącznika nr 11 do SWZ „Projekt umowy" oraz w załączniku nr 12 do SWZ - ZASADY WALORYZACJI NA PODSTAWIE § 4 UMOWY zawarł następujące postanowienia:

1. § 4 ust 18-22:

*18.***Zamawiający** dopuszcza możliwość zmiany (zwiększenia albo zmniejszenia) wysokości wynagrodzenia należnego **Wykonawcy**, w części niewypłaconej, na zasadach określonych w niniejszej umowie oraz w treści art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku zmiany cen dających się wyodrębnić materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy.

*19.*Waloryzacja (zwiększenie albo zmniejszenie) wynagrodzenia **Wykonawcy**, o którym mowa w ust. 18 może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy i zmiana cen materiałów lub kosztów będzie mieć rzeczywisty wpływ na zwiększenie lub zmniejszenie kosztów niezrealizowanej do dnia złożenia wniosku części umowy o ponad 5% w stosunku do oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

*20.***Zamawiający** dopuszcza waloryzację umowy maksymalnie o 50% wartości wyliczonego jak w ust. 21 pkt 1) wskaźnika.

*21.*Waloryzacja wynagrodzenia **Wykonawcy**, o którym mowa w ust. 18÷20 powyżej, może nastąpić z zachowaniem następujących zasad i w następujący sposób:

*1)*Poziom waloryzacji wynagrodzenia **Wykonawcy** ustala się na podstawie średniego wskaźnika wyliczonego z wykorzystaniem sumy miesięcznych wskaźników wzrostu cen towarów i usług (miesiąc do poprzedniego miesiąca) publikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z ostatnich6 miesięcy przypadających bezpośrednio po zawarciu umowy.

*2)*Stosowany przez strony umowy sposób określania wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia określa się jako waloryzację wynagrodzenia **Wykonawcy**.

*3)*Każda ze **Stron** może pisemnie wystąpić z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia, który powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne oraz dokładne wyliczenie kwoty waloryzacji wynagrodzenia należnego **Wykonawcy** ze wskazaniem rzeczywistego wpływu zmiany cen na zwiększenie lub zmniejszenie kosztów niezrealizowanej do dnia złożenia wniosku części umowy.

*4)*Po analizie dostarczonych dokumentów i wyliczeń, o ile **Strona** występująca z wnioskiem wykaże rzeczywisty wpływ zmiany cen materiałów albo kosztów na zmianę kosztów realizacji umowy **Strony** zawrą aneks w formie pisemnej.

*5)*Waloryzacja będzie dokonywana co 6 miesięcy i w okresach nie krótszych niż okresy 6 - miesięczne i będzie dotyczyła części wynagrodzenia należnego za prace wykonywane w kolejnym okresie, w którym waloryzacja następuje.
*6)*Każda ze **Stron** może złożyć wniosek o dokonanie waloryzacji wskaźnikiem w terminie 14 dni od daty zaistnienia przesłanek, nie później niż do ostatniego dnia miesiąca, od którego miałaby zostać naliczona waloryzacja.
*22.*Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 18÷21 zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom wymienionym w ustępach poprzedzających, dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli spełnione są następujące warunki:
*1)*przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi;
*2)*okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.
2.załącznik nr 12 do SWZ - ZASADY WALORYZACJI NA PODSTAWIE § 4 UMOWY "**„Waloryzacja „cenowa"**
WWC – wskaźnik waloryzacji cenowej
k - kolejny pracownik,
ip - liczba faktycznie zatrudnionych pracowników, nie większa niż wskazana w tabeli,
WMW - aktualne wynagrodzenie miesięczne wykonawcy netto,
WP - wynagrodzenie pracownika,
I - średniego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych

W celu ustalenia nowej wartości umowy, powyższe wskaźniki odnosi się do cen netto określonych w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do oferty. W przypadku kolejnej waloryzacji - do cen ustalonych w wyniku poprzedniej waloryzacji.

Ww. wskaźniki zaokrągla się do drugiego miejsca po przecinku np. 103,1567% ≈ 103,16%."

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp zaniechał prawidłowego opisania w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy w zakresie wskazania realistycznego wzrostu poziomu kosztów.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający wprowadził próg procentowy wzrostu poziomu kosztów niezrealizowanej do dnia złożenia wniosku części umowy o ponad 5% w stosunku do oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Tak przyjęta wartość procentowa jest na nadmiernym poziomie, zatem wskaźnik ten nie odzwierciedla faktycznego wzrostu kosztów Wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w sposób nieadekwatny do aktualnej sytuacji gospodarczej określił warunek, od którego spełniania uzależniona została możliwość złożenia przez Wykonawcę wniosku o waloryzację wynagrodzenia. Tak określony poziom zmiany kosztów w ocenie Odwołującego jest zbyt wysoki.

Na potwierdzenie powyższego twierdzenia można wskazać, iż zgodnie z Komunikatem Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z 15 kwietnia 2024 r. w sprawie wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w I kwartale 2024 r. wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w I kwartale 2024 r. w stosunku do IV kwartału 2023 r. wyniósł 100,9 (wzrost cen o 0,9%).

Przyjęty przez Zamawiającego poziom zmiany w wysokości 5% jest zbyt wysoki i może uniemożliwić Wykonawcy skuteczne skorzystanie z waloryzacji wynagrodzenia. Zamawiający, ustalając zasady od których zależy możliwość waloryzacji, powinien brać pod uwagę aktualną sytuację i publikowane wskaźniki. W przeciwnym razie postanowienia waloryzacyjne będą tylko pozorne i w żadnym stopniu nie będą spełniać swojej roli.

Odwołujący podnosi, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na wysokość wskaźników GUS. Wykonawcy nie mają również wiedzy przy kalkulowaniu ceny oferty na temat planowanej wysokości zmian w/w wskaźników, aby właściwie ocenić i uwzględnić ryzyko zmian kosztów wykonania usługi w cenie oferty.

Po drugie Odwołujący zarzuca, że zastosowany przez Zamawiającego w załączniku nr 12 do SWZ - ZASADY WALORYZACJI NA PODSTAWIE § 4 UMOWY wzór waloryzacji cenowej, nie daje Wykonawcy możliwości uzyskania waloryzacji z tytułu wzrostu kosztów wykonania usługi i jest to w rzeczywistości zapis pozorny.

Odwołujący dokonał przykładowych wyliczeń wskaźnika waloryzacji cenowej, aby zobrazować, że wzór waloryzacyjny, ustalony przez Zamawiającego, jest skrajnie niekorzystny dla wykonawcy i w żaden sposób nie odzwierciedla realnego wzrostu cen:

Zgodnie z § 4 ust 21 waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w ust. 18÷20 powyżej, może nastąpić z zachowaniem następujących zasad i w następujący sposób:
1) Poziom waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy ustala się na podstawie średniego wskaźnika wyliczonego z wykorzystaniem sumy miesięcznych wskaźników wzrostu cen towarów i usług (miesiąc do poprzedniego miesiąca) publikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z ostatnich 6 miesięcy przypadających bezpośrednio po zawarciu umowy.

Poniżej przedstawiono comiesięczne wskaźniki z ostatnich 6-ciu miesięcy.

Miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych %	Okres obowiązywania
0,1	2024-06-01 - 2024-06-30
0,1	2024-05-01 - 2024-05-31
1,1	2024-04-01 - 2024-04-30
0,2	2024-03-01 - 2024-03-31
0,3	2024-02-01 - 2024-02-29
0,4	2024-01-01 - 2024-01-31
2,2	suma
0,37	średnia arytmetyczna

Jak widać z obliczeń, przedstawionych w tabeli - średnia arytmetyczna wskaźników miesięcznych wyniosła **0,35**; podczas gdy w tym samym czasie - zgodnie z komunikatem GUS, dotyczącym półrocznego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług - ceny w okresie tych samych 6 miesięcy **wzrosły o 1,9** w stosunku do okresu poprzedniego (link do strony GUS:

Już zatem z samego tylko porównania wskaźników jednoznacznie wynika, że wyliczenia na podstawie średniej arytmetycznej wskaźników miesięcznych odbiegają znacząco od faktycznego poziomu wzrostu cen za analogiczny okres.

Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający zamierza zmniejszyć już i tak niekorzystnie wyliczony wskaźnik waloryzacyjny co najmniej o 50% - zgodnie z zapisami § 4 ust. 20 umowy.

Powyższe oznacza, że klauzula, przewidująca zmianę wynagrodzenia wykonawcy na postawie art. 439 Pzp, jest całkowicie pozorna i w praktyce wykonawca nie otrzyma rekompensaty wzrostu kosztów realizacji usługi w związku ze wzrostem cen lub innych kosztów.

Zgodnie z art. 439 Pzp:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż_6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1)poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2)sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

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

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

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

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

Odwołujący podkreśla, że przepis art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący *(ius cogens),* co oznacza, iż polski ustawodawca nie przewidział dla Zamawiającego podstaw prawnych, aby w projekcie umowy Zamawiający mógł samodzielnie dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń stosowania dyspozycji przepisu art. 439 Pzp. W myśl przepisu art. 439 ust. 1 Pzp Zamawiający jest obowiązany do wprowadzenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych.

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

Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 Pzp, gdyż rzeczywistym celem klauzuli waloryzacyjnej jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, że ustalony w umowie sposób waloryzacji de facto zwalnia Zamawiającego z obowiązku sprawiedliwej partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy

długoterminowej. Na skutek powyższego przywołana klauzula nie będzie skutkowała aktualizacją wynagrodzenia, ale spowoduje utratę ekwiwalentności świadczeń zamawiającego względem wykonawcy.

Odwołujący zaznacza również, że ze względu na termin realizacji umowy, wykonawcy nie są w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen środków, materiałów czy niektórych usług. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia, dlatego niemożliwym jest ustalenie początkowej ceny świadczenia usługi na takim poziomie, aby mógł on obowiązywać przez cały okres obowiązywania umowy.

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

Ponadto należy zwrócić uwagę na zaprezentowane w wyroku z 25.03.2021 r. sygn. akt: KIO 569/21 stanowisko KIO, zgodnie z którym:*„wskaźnik waloryzacji i zasady jej wprowadzania powinny zostać określone przez Zamawiającego we wzorze umowy, jak również to, że podany w umowie wskaźnik powinien się odnosić do cen materiałów i kosztów związanych z realizacją umowy. Wbrew stanowisku Zamawiającego zaprezentowanemu na rozprawie, nie jest wystarczające zamieszczenie tych postanowień dopiero w umowie podpisywanej z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, nadto nie jest zasadne odnoszenie waloryzacji do zmian do cen dóbr konsumpcyjnych.* ***Kwestie zmiany cen w sposób jasny powinny być uregulowane we wzorze umowy. Wykonawcy powinni na równych zasadach znać wiążące ustalenia w tym zakresie. Może to mieć bowiem wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty i uwzględniane w niej ryzyka”***

Mając na uwadze powyższe rozważania należy uznać, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie wypełnił obowiązków płynących z art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Jak wykazano - zarówno doktryna jak i orzecznictwo nakładają na Zamawiających obowiązek precyzyjnego określania warunków umowy, w tym zmiany cen, szczególnie w celu uniknięcia obciążania Wykonawców nadmiernym ryzykiem płynącym z postanowień umowy.

Zamawiający w dniu 24.07.2024 r. (została przesłana do Wykonawców (na stronie:) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 06.08.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w ramach której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W pierwszej kolejności Zmawiający podkreśla, że w chwili obecnej nie zamierza ograniczać przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazuje jednak, iż przewiduje taką możliwość w przypadku wyłączenia obiektów podlegających sprzątaniu z eksploatacji lub zmian w przepisach o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych RP. Zamawiający nie jest właścicielem ani dysponentem obiektów wojskowych, jest jedynie ich użytkownikiem. Organem nadrzędnym jest Minister Obrony Narodowej i to on wydaje decyzje dotyczące eksploatowania i użytkowania obiektów wojskowych. Należy stanowczo podkreślić, że nie wszystkie decyzje dotyczące obiektów wojskowych należą do Zamawiającego. Wobec powyższego Zamawiający nie ma wpływu na decyzje Ministra Obrony Narodowej czy dany obiekt przez cały okres trwania umowy będzie przez niego administrowany. Są to obiekty wojskowe, zatem ich wykorzystanie na określone cele wojskowe jest uzależnione od wielu czynników (również międzynarodowych) niezależnych od woli Zamawiającego, których na ten moment nie można przewidzieć w 100%.

Podkreślić stanowczo należy, że właścicielem nieruchomości jest Skarb Państwa. 18 Wojskowy Oddział Gospodarczy jest jedynie administratorem nieruchomości przekazanych przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury, który w imieniu Ministra Obrony Narodowej sprawuje trwały zarząd nieruchomościami Skarbu Państwa. Od decyzji Ministra, a tym samym zarządcy nieruchomości zależy ich przeznaczenie.

Dodatkowo podkreślić należy, że Zamawiający przewidział w § 1 umowy ust. 3 zwiększenie zamówienia na podstawie „prawa opcji” aż o 25%. Zatem w ocenie Zamawiającego zarzut dotyczący ograniczenia przedmiotu zamówienia jest tym bardziej chybiony.

Przechodząc do kolejnego zarzutu Odwołującego się tj. naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów Zamawiający podkreśla, że dokonał modyfikacji SIWZ poprzez usunięcie z załącznika nr 12 wzoru wyliczenia nr 2, który był jedynie alternatywą dla podanego i aktualnie obowiązującego wzoru nr 1. Podkreślił w tym miejscu, że przedmiotowy wzór wyliczeń wbrew zarzutom stawianym przez Odwołującego się nie dotyczy materiałów, ale jedynie waloryzacji płacowej.

Zasady waloryzacji na podstawie § 4 umowy zostały opisane przez Zamawiającego w załączniku nr 12 do umowy wg następującego wzoru:

Waloryzacja „płacowa” gdzie:

WWP- wskaźnik waloryzacji płacowej,

K - kolejny pracownik,

ip - liczba faktycznie zatrudnionych pracowników, nie większa niż wskazana w tabeli załączonej do oferty, stanowiącej

załącznik nr 9 do umowy (dalej: tabela),
NMW - nowe minimalne wynagrodzenie, wynikające z przepisów, w związku z wejściem których złożono wniosek o waloryzację wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy,
WZ - rzeczywisty wymiar zatrudnienia pracownika nie wyższy niż
zadeklarowany w tabeli,
WP - wynagrodzenie pracownika,
WMW - aktualne wynagrodzenie miesięczne wykonawcy netto.
przy czym:
1)w przypadku pierwszej w okresie obowiązywania umowy zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia określonego właściwymi przepisami wartość WP oznacza wartość wynagrodzenia z umowy o pracę zadeklarowanego w tabeli,
2)w przypadku kolejnej w okresie obowiązywania umowy zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia określonego właściwymi przepisami wartość WP oznacza wartość wynagrodzenia z umowy o pracę, nie mniejszą niż minimalne wynagrodzenie obowiązujące przed zmianą przepisów w wyniku wejścia, których dokonywana jest waloryzacja,
3)przy ustalaniu wartości waloryzacji pomija się przypadki, gdzie WP > NMW * WZ,
4)waloryzacja odbywać się będzie wyłącznie w oparciu o dane z tabeli.

Odwołujący się błędnie przyjął, iż waloryzacja obliczona na podstawie zapisów umowy, nie daje możliwości waloryzacji wynagrodzenia z tytułu zwiększonych kosztów zakupu materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy.

Po pierwsze zauważył, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy przyjęta w projekcie umowy składa się z dwóch elementów wynikających z art. 436 pkt 4 lit b Pzp oraz art. 439 Pzp. Waloryzacja wynikająca z art. 436 pkt 4 lit b Pzp została określona w 5 4 ust 13 do 17, natomiast waloryzacja wynikająca z art. 439 Pzp została określona w § 4 ust. 18-22.

W ocenie Zamawiającego niezasadny jest wniosek Odwołującego się o modyfikację zapisów projektu w zakresie waloryzacji wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik wzrostu lub obniżenia cen towarów i usług osiągnie minimum 2% w stosunku do okresu poprzedniego. Zamawiający stoi na stanowisku, iż Odwołujący nie wykazał w żadnej mierze że zaproponowane przez Zamawiającego warunki umowne są nieadekwatne do przedmiotu umowy i powodują zachwiane równowagi ekonomicznej stron umowy. Odwołujący się przed złożeniem odwołania zwrócił się z wnioskiem do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji i przywołał przykład obliczeń jednocześnie wskazując, iż nie będzie mógł wnioskować o zmianę wynagrodzenia.

Zarzuty stawiane przez Odwołującego się co do naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp są zupełnie bezpodstawne, bowiem możliwość waloryzacji umowy została szczegółowo i wyczerpująco określona przez Zamawiającego w § 4 ust. 18-22.

Wskazał, że wprowadzenie do Pzp obowiązku uwzględniania klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć różne podłoże, to w art 439 Pzp ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. Z przepisu art. 439 jednoznacznie wynika, że to Zamawiający określa poziom zmiany cen uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Warto podkreślić, że waloryzacja nie służy przerzuceniu całej odpowiedzialności za zaistniałe ryzyka na Zamawiającego. Celem waloryzacji jest bowiem rekompensata nadmiernego wzrostu cen materiałów, a nie ponoszenie przez Zamawiającego wszelkich ryzyk związanych z prowadzeniem działalności, a tym samym realizacją umowy przez Odwołującego się.

W art. 439 Pzp ustawodawca określił jedynie pewne wytyczne, którymi powinien się kierować zamawiający, wprowadzając do umowy klauzule waloryzacyjne. Przepis tenw założeniu nie mógł być nadmiernie kazuistyczny. Ustawodawca, mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów (z uwagi chociażby na wielkość czy przedmiot zamówienia), tak skonstruował ten przepis, aby w ramach nałożonego na zamawiającego obowiązku miał on pewną swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia. Wskazano jednak obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej, które mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych, a zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, winien mieć na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie, jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany cen (np. odpowiedni wskaźnik prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia.

Istotą art. 439 Pzp było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy, gdzie użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Odwołując się natomiast do językowego rozumienia pojęcia „waloryzacja", należy stwierdzić, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmienionym poziomie.

Trafne wydają się w tym zakresie orzeczenia KIO z 02.03.2022 r., sygn. akt: KIO 440/22 oraz z 05.01.2022 r., sygn. akt: KIO 3600/21, w których wskazano, że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Innymi słowy, chodzi o takie ustalenie zasad zwiększenia wynagrodzenia, aby w sytuacji, w której realizacja umowy jest rozciągnięta w czasie, w możliwie jak największym stopniu zrekompensować wykonawcy zmniejszającą się wartość pieniądza wskutek dokonywania odroczonych w czasie płatności.

Wskazał, że przyjęta w umowie klauzula waloryzacyjna nie może powodować zaburzenia równowagi stron umowy oraz obarczać ewentualnym ryzykiem wyłącznie Zamawiającego. Podkreślił, że aktualna sytuacja gospodarcza jest stabilna i obecnie poziom inflacji, a tym samym czynnika mającego wpływ na wzrost cen towarów jest bliski celowi inflacyjnemu.

Podkreślił, że Odwołujący się realizował wcześniej i aktualnie realizuje umowę, której przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowego sprzątania pomieszczeń i terenów zewnętrznych na rzecz 18 Wojskowego Oddziału Gospodarczego na tożsamych warunkach, jak te które w chwili obecnej są przedmiotem odwołania. Co istotne przez cały okres trwania poprzednich i obecnej umowy Odwołujący się nie wnioskował o waloryzację wynagrodzenia w oparciu o art. 439 Pzp, a jedynie o waloryzację płacową wynikającą z art. 436 Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymiponiżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SWZ”*, projektu umowy (załącznik nr 11 do SWZ) wraz z zasadami waloryzacji, wyjaśnień SWZ Zamawiającego z 17.07.2024 r.z 22.07.2024 r., z 29.07.2024 r., modyfikacji SWZ w tym projektu umowy (z 23.07.2024 r.) także zasad waloryzacji.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść odwołania, odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 433 pkt 4 Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,

2) art. 439 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Nadto, Izba podkreśla, że na posiedzeniu po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego, Odwołujący wycofał zarzut drugi. W konsekwencji w zakresie niniejszego zarzutu, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Odnośnie zarzutu pierwszego Zamawiający zawarł następujące postanowienia w § 4 ust. 7 projektu umowy: *„W przypadku wyłączenia z eksploatacji i użytkowania obiektów oraz powierzchni przewidzianych do wykonania usługi Zamawiający zastrzega sobie prawo odpowiedniego zmniejszenia wynagrodzenia w oparciu o ceny jednostkowe określone w załączniku nr 6 do umowy i różnice w ilości powierzchni do utrzymania porządków określone w załączniku nr 1, 2, 3, 4 do umowy.”*. Z kolei w § 14 ust. 8 projektu umowy: *„Zamawiający zastrzega sobie prawo do dokonania zmian umownych, w zakresie zmniejszenia przedmiotu umowy, w następujących przypadkach:*

1)istotnych zmian w przepisach ustawowych i aktach wykonawczych związanych z przedmiotem umowy, które nastąpiły po dniu podpisania umowy,

2)czasowego lub stałego zmniejszenia ilości obiektów objętych przedmiotem umowy, wynikającego z prowadzonych prac remontowych w obiektach Zamawiającego,

3)zmian organizacyjnych Zamawiającego, których nie dało się przewidzieć w dniu ogłoszenia procedur przetargowych i w dniu podpisania umowy,

4)konieczności przeprowadzenia przez Zamawiającego, Agencję Mienia Wojskowego lub Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni modernizacji, powodujących częściowe lub całościowe wyłączenie przedmiotu umowy z obsługi realizowanej przez Wykonawcę,

przy czym Zamawiający nie poniesie żadnych dodatkowych kosztów. O ewentualnych zmianach w tym zakresie

Wykonawca zostanie powiadomiony przez Zamawiającego pisemnie, w terminie do 30 dni przed planowaną zmianą. W takich przypadkach wynagrodzenie Wykonawcy zostanie wypłacone proporcjonalnie do wykonanych i protokolarnie odebranych usług, zgodnie z §4 ust. 6 umowy.". Odwołujący w ramach tego zarzutu wnosił w odwołaniu o:

1)Modyfikację § 4 ust 7 proponowanych postanowień umowy w następujący sposób lub równoważny: *„7. W przypadku wyłączenia z eksploatacji i użytkowania obiektów oraz powierzchni przewidzianych do wykonania usługi Zamawiający zastrzega sobie prawo odpowiedniego zmniejszenia wynagrodzenia w oparciu o ceny jednostkowe określone w załączniku nr 6 do umowy i różnice w ilości powierzchni do utrzymania porządków określone w załączniku nr 1, 2, 3, 4 do umowy z zastrzeżeniem zapisów § 14 ust 8 niniejszej umowy"*

2)Modyfikację § 14 ust 8 proponowanych postanowień umowy poprzez dodanie po pkt 4) pkt 5) w następującym brzmieniu lub równoważnym:

„5) Ograniczenie zakresu zamówienia, o którym mowa powyżej nie może skutkować zmniejszeniem łącznej wartości brutto usług, stanowiących przedmiot umowy, do wartości niższej, niż 90% kwoty, o której mowa w § 4 ust 1".

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i mo dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Po pierwsze, zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp: *"Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron"*.

Po drugie należy wskazać, że niniejszy przepis jest efektem ugruntowanego orzecznictwa sądów powszechnych oraz KIO. M.in.:*„Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych."* (wyrok KIO z 06.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2177/14), *„(…)wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny oferty. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że postanowienia projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru"* (Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 września 2005 r., sygn. akt: V Ca 1110/04). Z kolei Sądu Okręgowego Warszawa Praga (wyrok z dnia 23 listopada 2005 r., sygn. akt: IV Ca 508/05) uznał, że niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeb Zamawiającego, bowiem jest to sformułowanie tak ogólne, iż nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. Zakres zmniejszenia zamówienia pozostaje dla wykonawców nieprzewidywalny, a zasadność takiego zmniejszenia trudno weryfikowalna. Tymczasem wykonawca przystępując do postępowania przetargowego, dokonuje analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny. W konsekwencji sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru.

W efekcie powyższego, Izba uwzględniła niniejszy zarzut sformułowany przez Odwołującego. Ani argumentacja Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jak i z rozprawy, że na tę chwilę nie zamierza ograniczać zamówienia, jak też że nie wie w jakim zakresie ewentualne ograniczenie może mieć miejsce, nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie. Podobnie, Izba nie uznaje za argument istotny okoliczność, że Zamawiający nadal współpracuje z Odwołującym, który realizuje na jego rzecz zawarte wcześniej kontrakty, w ramach których obowiązują postanowienia umowy takie jak zaskarżone przez Odwołującego. To, że aktualnie w umowach realizowanych na rzecz Zamawiającego nie ma ograniczeń nie oznacza, że takie ograniczenia nie będą miały miejsca przy realizacji przyszłego kontraktu. Jednocześnie, Izba nie uznaje za okoliczność różnicującą sytuacje Zamawiającego okoliczność, że nie jest władny określać w sposób wiążący w jakim zakresie ewentualnie nastąpi ograniczenie przedmiotu zamówienia z uwagi na to, iż nie jest właścicielem majątku, którym jedynie administruje. W ocenie Izby, skoro Zamawiający jest w stanie określić pułap ewentualnego zwiększenia przedmiotu zamówienia to powinien być również w stanie określić pułap, w zakresie którego może mieć miejsce jego ewentualne ograniczenie. Nadto, Izba wskazuje za przytoczonym powyżej orzecznictwem, że niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeb Zamawiającego, bowiem jest to sformułowanie tak ogólne, iż nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. W ocenie, Izby Zamawiający winien uzgodnić pułap takiego ograniczenia z właścicielem majątku, którym administruje. Powszechnie obowiązujące bowiem przepisy, a takim przepisem jest art. 433 pkt 4 Pzp nakładają na Zamawiającego taki obowiązek, od którego nikt Zamawiającego nie jest władny zwolnić. Tym bardziej, że podczas rozprawy Zamawiający nie zaprzeczał temu, że jemu podobne instytucje takie ograniczenia jakie oczekuje Odwołujące

wprowadziły do projektu umowy.

Izba w sentencji nie narzuciła konkretnego postanowienia projektu umowy, a jedynie wytyczną kierunkową, dając Zamawiającemu możliwość dokonania stosownych uzgodnień z właścicielem majątku, którym administruje w tym zakresie. Ewentualnie zastosowanie rozwiązań zastosowanych przez instytucje podobne do Zamawiającego, tudzież zastosowanie rozwiązania zawnioskowanego przez Odwołującego w odwołaniu. Jednocześnie, Izba wskazuje, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 554 ust. 6 Pzp Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 - 2 i ust. 3 pkt 1 lit. c) Pzp oraz orzekła jak w sentencji. Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, jak i dojazdu na rozprawę 885,50 zł, czyli łącznie 19 485, 50 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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).

Przewodniczący:……