

Wrocław, dnia 16.03.2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17A, 02– 676 Warszawa

**Odwołujący:**

Impel S.A.

Ul. Ślężna 118, 5-111 Wrocław

KRS: 0000004185

NIP: 8990106769

Numer telefonu: 668188049

Adres poczty elektronicznej: b1.urban@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Barbara Urban

**Zamawiający:**

Kieleckie Centrum Kultury

ul. Moniuszki 2B , 25-334 Kielce

Numer telefonu: 41 3676711

Adres poczty elektronicznej: oferty@kck.com.pl

**ODWOŁANIE**

Działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej *Ustawa* lub *pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Ochrona fizyczna osób i mienia Kieleckiego Centrum Kultury oraz Obsługa Urzędzeń Ochrony Technicznej”.

(znak postępowania: **ZP-KCK/13/2022**)

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

Nr ogłoszenia 2022/BZP 00083500/01 z dnia 11 marca 2022r.

„Ochrona fizyczna osób i mienia Kieleckiego Centrum Kultury oraz Obsługa Urzędzeń Ochrony Technicznej”.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 16 Ustawy** poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
- 2) **art. 436 pkt 4, art. 431, art. 99 art. 16 i 17 Ustawy** w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez brak ustalenia w projekcie umowy postanowień o łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony;
- 3) **art. 433 pkt 4 Ustawy** poprzez 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. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy** poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień dopuszczających nieograniczoną wielkość zmiany oraz brak jednoznacznego opisu zakresu zmiany.
- 5) **art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy** poprzez ustalenie postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia należnego wykonawcy w zakresie węższym niż wymagany ustawą Prawo zamówień publicznych.
- 6) **art. 436 pkt 4b Ustawy** poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, o których mowa w przepisie.

## **III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:**

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

## **IV. Wskazanie interesu Odwołującego:**

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie ofert, zgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Realizacja zamówienia przy istnieniu kwestionowanych postanowień SWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu, również dlatego, że wykonanie umowy na warunkach ustalonych w projekcie umowy, naraża Odwołującego na szkodę w postaci konieczności poniesienia nakładów na organizację usługi przy braku gwarancji jej wykonania co prowadzi do pozbawienia Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

## **V. Termin na złożenie odwołania:**

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt. 2) Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 5 dni od przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwoty, określone w przepisach, wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 11 marca 2022 roku opublikował oraz przekazał SWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Ochrona fizyczna osób i mienia Kieleckiego Centrum Kultury oraz Obsługa Urzędzeń Ochrony Technicznej”.

W dniu 11 marca 2022 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ, dotyczące przedmiotowego zamówienia.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.).

### **Ad. Zarzut 2)**

W § 4 projektu umowy Zamawiający wymienił przesłanki skutkujące naliczeniem kar umownych.

Zgodnie z art. 436 pkt 3 pzp umowa winna zawierać łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Odwołujący podnosi, iż ww. wymóg ustawy nie został przez Zamawiającego spełniony i umowa w swej treści nie zawiera stosownych zapisów.

Odwołujący podkreśla, że ww. kary są wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, jednocześnie pełniąc funkcje represyjną, nie zaś kompensacyjną.

Podkreślenia wymaga fakt, iż nałożenie kar umownych winno uwzględniać następujące etapy:

- zgłoszenie Wykonawcy zastrzeżeń przez Zamawiającego winno następować w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy,
- brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzany w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego Wykonawcy niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, w którym zostanie określony precyzyjnie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne,
- dopiero po spełnieniu powyższego winno aktualizować się uprawnienie Zamawiającego do nałożenia kary umownej.

Postanowienie § 4 projektu umowy umożliwi Zamawiającemu naliczenie rażąco wysokiej kary umownej, za każde nienależyte wykonanie usług zakwestionowanych przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że przywołane powyżej postanowienia umowne, dotyczące kar umownych, stanowią naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz są sprzeczne z podstawowymi celami kary umownej, stanowiącej surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Tak sformułowane klauzule dotyczące kar umownych pełnią w rzeczywistości funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną,

a poziom kar umownych nie znajduje uzasadnienia, gdyż ich wysokość jest wygórowana i nieproporcjonalna względem określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.

Nieustanowienie maksymalnego limitu kar umownych Prezes UZP uznaje za jeden z przejawów kreowania kar umownych na rażąco wygórowanym poziomie. Wskazany organ podnosi, że „*brak górnej granicy kar umownych, (...) może powodować – szczególnie w połączeniu z zastosowaniem odpowiedzialności oderwanej od winy wykonawcy – bardzo dotkliwe skutki dla wykonawców, np. w przypadku przedłużającej się niemożności dostawy wskutek awarii linii produkcyjnej*”.

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 wynikające z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 5 k.c; zgodni, z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący podkreśla, iż 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.

#### **ŻADANIE:**

- 1) ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych poprzez dodanie w załączniku do SWZ „Projekt umowy” w § 4 postanowienia o treści: *„łączna wysokość należności, jakie Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu z tytułu kar umownych, o których mowa w ust. § 4 Projektu umowy nie może przekroczyć 15% wynagrodzenia brutto wskazanego w § 3 ust. 1 Projektu Umowy. Naliczenie kar umownych nastąpi po uprzednim pisemnym zgłoszeniu Wykonawcy zastrzeżeń w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzony w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego. Niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, określony zostanie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne. Po spełnieniu powyższego Zamawiającego uprawniony będzie do nałożenia kary umownej”*.
- 2) zmianę postanowień § 4 ust. 2 poprzez obniżenie wysokości kar o 50%.

#### **Ad. Zarzut 1), 3), 4)**

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.

Zapisy projektu umowy brzmią następująco:

#### **§ 1 ust. 8**

*Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia zakresu zamówienia w dowolnym czasie trwania umowy z odpowiednim zmniejszeniem wynagrodzenia.*

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 pzp, zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę swobody umów, wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> 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. Czynności Zamawiającego, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy pzp, istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podkreśla, iż 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 ochraniających 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 podnosi, że powyższe postanowienia SWZ wprost naruszają dyspozycję wskazanego artykułu ustawy Prawo zamówień publicznych. 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 pzp.

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

Odwołujący wskazuje, że brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, wpływa na decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg wykonawców zainteresowanych małym - niewielkim wolumenem/zamówieniem, jest inny, niż dużym.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień projektów umów i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 90 % wartości zamówienia.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o określenie minimalnego zakresu zamówienia i dodanie w „projekcie umowy” postanowienia o treści: „*Zmiany zakresu usług i wynagrodzenia wskazanego w § 3 ust. 1 w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 1 ust. 8, nie mogą w czasie trwania umowy, wynosić więcej niż 90 % wartości zamówienia*”.

### **Ad. Zarzut 5)**

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

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp, 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 § 11 ust. 2 umowy przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia cen i materiałów poprzez wprowadzenie do projektu umowy następującego zapisu:

*Zamawiający dopuszcza wprowadzenie odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach zawartych w art. 439 ustawy Pzp.*

Odwołujący podkreśla, że żadna z zasad wynikających z przepisów Ustawy, nie została wprowadzona do umowy. Treść § 11 ust. 2 umowy jest nieprecyzyjna i daje zamawiającemu możliwość dowolnej interpretacji w zakresie rozpatrzenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia w zakresie cen i materiałów. Zamawiający powinien określić w sposób jasny i przejrzysty na jakich zasadach Wykonawcy mogą ubiegać się o waloryzację.

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

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę § 11 projektu umowy w zakresie postanowień zgodnych z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. klauzuli, na podstawie, której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez *dotądnie* po ust. 2 *postanowień o treści::*

3. *Strony postanawiają, że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy, maksymalne wynagrodzenie netto i brutto Wykonawcy oraz ceny jednostkowe netto i brutto, ustalone w umowie (dalej wynagrodzenie), waloryzuje się na zasadach, o których mowa w ust. 4 – 8 poniżej.*
4. *Zmiana ceny materiałów lub kosztów będzie ustalana kwartalnie na podstawie Wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (kwartał do poprzedniego kwartału), ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” za każdy kwartał roku kalendarzowego, w którym realizowana jest umowa.*
5. *Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następować jeden (1) raz na kwartał kalendarzowy, z zastrzeżeniem, że pierwsza zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej, niż po upływie kwartału kalendarzowego realizacji umowy oraz gdy Wskaźnik, o którym mowa w ust. 4, przekroczy 0,2% w stosunku do Wskaźnika z kwartału kalendarzowego, w którym przypadał termin składania ofert. Każda kolejna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi w przypadku, gdy Wskaźnik, o których mowa w ust. 4, przekroczy 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia zmiana wynagrodzenia wykonawcy.*

6. *Wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa wzrostowi Wskaźnika wskazanego w ust. 4.*
7. *Wynagrodzenie Wykonawcy ulega waloryzacji od pierwszego dnia miesiąca następującego po dniu publikacji komunikatu Prezesa GUS – z uwzględnieniem postanowień ust. 5.*
8. *Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi łącznie 15% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego w dniu zawarcia Umowy*

### **Ad. Zarzut 6)**

Zgodnie z art. 436 Ustawy w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa musi zawierać zasady wprowadzenia 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. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572),
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie zawarł w treści projektu umowy zapisów dotyczących wymogów wynikających z ustawy. Takie działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem przepisu art. 436 ustawy Pzp. Uzasadnieniem przywołanego przepisu 436 było m.in.; że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania, których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie, jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej, jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”. Odwołujący zaznaczył, że działania Zamawiającego stają także w sprzeczności ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 9 marca 2015 r.



(KIO 346/15), zgodnie, z którym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może, zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych. Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, (...). Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany: ·stawki podatku od towarów i usług; wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów; wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenia wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa.”

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o zmianę postanowień umowy.

### **ŻADANIE:**

Uzupełnienie zapisów dotyczących waloryzacji umożliwiających wykonawcom zmianę wynagrodzenia w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenia zdrowotne oraz uzupełnienie zapisów SWZ dotyczących waloryzacji umożliwiających wykonawcom zmianę wynagrodzenia w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych poprzez dopisanie do projektu umowy następujących postanowień:

„1. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 436 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany:

a. stawki podatku od towarów i usług,

b. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

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

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

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

4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości

aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

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

6. Za wyjątkiem sytuacji, o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b) i c i d).

7. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności”.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.