

WYROK
z dnia 18 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez wykonawcę

Impel Spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez

Tauron Polską Energię Spółkę akcyjną z siedzibą w Katowicach

działającą w imieniu: TAURON Wytwarzanie Spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie, TAURON Dystrybucja Spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, TAURON Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, TAURON Sprzedaż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, TAURON Wydobywanie Spółka akcyjna z siedzibą w Jaworznie, TAURON Obsługa Klienta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, TAURON Ekoenergia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jeleniej Górze, Kopalnia Wapienia Czatkowice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krzeszowicach, TAURON Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, Nowe Jaworzno Grupa TAURON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie uwzględnionym przez Tauron Polską Energię Spółkę akcyjną,**
2. **oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**
3. **kosztami postępowania obciąża Impel Spółkę akcyjną i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Impel Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,**
- 3.2. zasądza od Impel Spółki akcyjnej na rzecz Tauron Polskiej Energii Spółki akcyjnej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Polska Energia Spółka akcyjna działająca w imieniu: TAURON Wytwarzanie Spółka akcyjna, TAURON Dystrybucja Spółka akcyjna, TAURON Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, TAURON Sprzedaż Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, TAURON Wydobycie Spółka akcyjna, TAURON Obsługa Klienta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, TAURON Ekoenergia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Kopalnia Wapienia Czatkowice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, TAURON Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Nowe Jaworzno Grupa TAURON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług sprzątania w Grupie TAURON” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 035-091364. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Impel Spółka akcyjna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień specyfikacji warunków zamówienia,
2. art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych,
3. art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia terminów obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego,
4. art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów

kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,

5. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych postanowień specyfikacji warunków zamówienia w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że, na gruncie przepisu art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający we wzorze umowy (załącznik nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia) w postanowieniu § 8 pkt 8 w związku z § 2 ust. 2 wprowadził możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

§ 2 ust. 2 umowy: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany zakresu świadczonych usług, z zastrzeżeniem postanowień § 8 pkt 10) Umowy. O zmianach Zamawiający powiadomi Wykonawcę niezwłocznie, nie później jednak, niż na 20 dni przed zmianą. Zmiana taka nie stanowi zmiany Umowy i nie wymaga zawarcia aneksu do niniejszej Umowy.”

Por. § 8 pkt 10 umowy: „Zamawiający zobowiązuje się do: 10) zlecenia Wykonawcy usług utrzymania czystości w obiektach o powierzchni wynoszącej co najmniej 60% powierzchni przekazanej z chwilą zawarcia Umowy, wynikającej z Załącznika nr 2 do Umowy, w zakresie pozycji 1-10 określonych w Załączniku nr 1 do Umowy (Cennik), wyliczanej po zakończeniu realizacji Umowy. Na zmniejszenie powierzchni, z zachowaniem limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim, mogą wpłynąć niemożliwe do przewidzenia lub oszacowania na dzień zawarcia Umowy zmiany własnościowe lub organizacyjne po stronie Zamawiającego albo inne zmiany wynikające z potrzeb Zamawiającego, a w szczególności: a) sprzedaż, łączenie czy podział Spółek, na rzecz których realizowane są przedmiotowe usługi, b) sprzedaż lub wyłączenie z eksploatacji poszczególnych obiektów, w których świadczone będą usługi utrzymania czystości, c) konieczność dokonania oszczędności.”

W ocenie Odwołującego takie brzmienie postanowienia § 8 pkt 10 i § 2 ust. 2 umowy narusza przepis art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Załącznik nr 1 do umowy (cennik) obejmuje, w zależności od zadania, od 28 do 30 pozycji, z których pozycje od 1 do 15 dotyczą ryczałtu miesięcznego; dodatkowo ryczałtu

miesięcznego również dla zadania 1. dotyczą pozycje 29 i 30 oraz dla zadań 2. i 3. pozycja 29, pozostałe to prace określone jako dodatkowe, rozliczane są w momencie wystąpienia w oparciu o cenę jednostkową tj. za jednokrotne wykonanie usługi. Z treści postanowienia § 8 pkt 10 wynika zaś, że Zamawiający zobowiązuje się do zlecenia wykonawcy usług utrzymania czystości w obiektach o powierzchni wynoszącej co najmniej 60% powierzchni przekazanej z chwilą zawarcia umowy, wynikającej z załącznika nr 2 do umowy, w zakresie pozycji 1-10 określonych w załączniku nr 1 do umowy (cennik). W rezultacie Zamawiający nie gwarantuje wykonawcy minimalnego zakresu 60% np. na terenie zewnętrznym obejmującym pozycje od 12 do 15 oraz w ramach pozycji 29 i 30. Zamawiający pominął również pozycję 11 o nazwie „Świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości – pomieszczenia magazynowe, archiwa, hale garażowe, myjnia samochodowa itp.” oraz dla zadań 1, 2 i 3 pozycje 29 i 30. Odwołujący zauważa, że wszystkie te obszary objęte są ryczałtem w okresie zamówienia (cena jednostkowa za 1 m² miesięcznie). W ocenie Odwołującego niewłaściwe jest jednostronne ponoszenie ryzyka wyłącznie przez wykonawcę w przypadku ograniczenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Oczywiste jest, iż im większa powierzchnia usługi, tym stawka jednostkowa oferowana przez wykonawców jest niższa i odwrotnie. Nie może być zatem sytuacji, że Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia oczekuje wyceny np. 100.000 m² i otrzymuje w ofercie taką stawkę jednostkową do rozliczenia, zaś po podpisaniu umowy faktycznie zleca tylko np. 100 m², ale po stawce dotyczącej pierwotnego metrażu. Każdy racjonalny wykonawca chce tej sytuacji uniknąć, gdyż jest to rozwiązanie dające Zamawiającemu ogromne możliwości jednostronnego korygowania wynagrodzenia wykonawcy ze szkodą dla tego wykonawcy. Zamawiający w sposób arbitralny i abuzywny ogranicza wartość gwarantowanej usługi bez jakiegokolwiek odniesienia do wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy. Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym ze specyfikacji warunków zamówienia i umowy, gdyż kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia oraz ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi. Jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony wykonawcy, zatem wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu. Aneks winien być sporządzony każdorazowo już w momencie wystąpienia konieczności zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Trudno zaakceptować sytuację, opisaną w postanowieniu § 2 ust. 2, że „o zmianach Zamawiający powiadomi Wykonawcę niezwłocznie, nie później jednak, niż na 20 dni przed zmianą” oraz że „zmiana taka nie stanowi zmiany Umowy i nie wymaga zawarcia aneksu do niniejszej Umowy”. Każda zmiana zakresu powierzchni przedmiotu usługi, zmiana godzin i dni świadczenia usługi oraz zmiana dziennego wymiaru godzin

świadczenia usługi stanowi istotną zmianę umowy. Takie zmiany nie mogą być dokonywane jednostronnie przez Zamawiającego. Jeśli zmiana będzie powodowała np. pracę w godzinach nocnych, to zwiększone zostaną koszty pracownicze, które musi ponieść wykonawca.

Ponadto Zamawiający, przyjmując termin 20 dni na powiadomienie wykonawcy o zmianach, nie uwzględnia okoliczności, że przy zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę dominuje miesięczny okres wypowiedzenia, co oznacza, że w przypadku ograniczenia przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia wykonawca będzie nadal ponosił koszt zatrudnienia dedykowanych do zamówienia pracowników jeszcze przez 10 dni po faktycznym zakończeniu usługi. Usługa zatem będzie realizowana niezgodnie z przyjętą przez wykonawcę kalkulacją ceny ofertowej i w konsekwencji ze stratą dla wykonawcy.

Niedopuszczalne jest również zastrzeżenie przez Zamawiającego, że dopuszcza ograniczenie usługi w związku z „innymi potrzebami Zamawiającego” albo „koniecznością dokonania oszczędności” (§ 8 pkt 10 lit. c). Taka blankietowa klauzula jest rażącym nadużyciem prawa podmiotowego przez Zamawiającego. Deklaracja, że Zamawiający zamierza dokonywać optymalizacji wartości świadczenia kosztem interesu wykonawcy, jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający, dążąc do minimalizacji cen w ofertach, winien być zainteresowany jasnym i realnym wskazaniem gwarantowanego zakresu udzielanego przedmiotu zamówienia, co spowoduje, że wykonawcy nie będą w cenie ofert w kalkulowały ryzyka wynikającego z ewentualnego niezamówienia usług.

W uzasadnieniu do ustawy 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 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia projektu umowy i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia na poziomie co najmniej 80% powierzchni przekazanej z chwili zawarcia umowy np. gwarantując konkretny zakres świadczenia usługi lub wartości zamówienia. Obecne zastrzeżenie przez Zamawiającego zakresu gwarantowanego zamówienia w wysokości 60% to bardzo niski poziom w kontekście czasu trwania umowy. Jeśli Zamawiający np. na kilka miesięcy zawiesi całkiem realizację umowy, wykonawca pozostaje z personelem, amortyzacją, gotowością do świadczenia usługi i z koniecznością ponownego uruchomienia usługi w krótkim czasie, a Zamawiający nie przekroczy wskazanego limitu 60% wielkości zamówienia.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień § 2 ust. 2 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany zakresu świadczonych usług, z zastrzeżeniem postanowień § 8 pkt 10) Umowy. Zmiana taka stanowi

zmianę Umowy i wymaga zawarcia aneksu do niniejszej Umowy.” oraz o zmianę § 8 pkt 10 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym: „Zamawiający zobowiązuje się do: 10) zlecenia Wykonawcy usług utrzymania czystości w obiektach o powierzchni wynoszącej co najmniej 80% powierzchni przekazanej z chwilą zawarcia Umowy, wynikającej z Załącznika nr 2 do Umowy, w zakresie pozycji 1-15 oraz 29, 30 określonych w Załączniku nr 1 do Umowy (Cennik), wyliczanej po zakończeniu realizacji Umowy. Na zmniejszenie powierzchni, z zachowaniem limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim, mogą wpłynąć niemożliwe do przewidzenia lub oszacowania na dzień zawarcia Umowy zmiany własnościowe lub organizacyjne po stronie Zamawiającego: a) sprzedaż, łączenie czy podział Spółek, na rzecz których realizowane są przedmiotowe usługi, b) sprzedaż lub wyłączenie z eksploatacji poszczególnych obiektów, w których świadczone będą usługi utrzymania czystości.”

Zamawiający w postanowieniu § 9 ust. 9, 10 i 14-16 umowy opisał następujące zasady waloryzacji wynagrodzenia umownego w trybie przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych:

„8. Ceny jednostkowe świadczenia usług w wysokościach określonych w Cenniku są niezmiennie i obowiązują przez okres trwania Umowy.

9. Zamawiający przewiduje zgodnie z art. 436 ust. 1 pkt 4) lit b) oraz 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, waloryzację wynagrodzenia począwszy od 13 miesiąca obowiązywania Umowy, z zastrzeżeniem ust. 14 poniżej, przy zastosowaniu wskaźnika waloryzacji (dalej: „Wskaźnik waloryzacji”), obliczonego według następującego wzoru oraz w oparciu o zasady wskazane w ustępach 10-11 poniżej:

$W(X) = (\text{obecne stawki z cennika} * \text{wskaźnik \% wzrostu płacy minimalnej}) * 0,8 + (\text{obecne stawki z cennika} * \% \text{wzrost wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych liczoney za okres 12 miesięcy poprzedzający okres wzrostu płacy minimalnej}) * 0,15$

$W(X)$ – wskaźnik waloryzacji za rok X, gdzie X jest rokiem obowiązywania zwaloryzowanych stawek - o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W celu wykazania wpływu na koszty wykonania przedmiotu zamówienia, Wykonawca zobowiązany będzie do pisemnego przedstawienia kalkulacji udziału kosztów pracowniczych oraz kosztów materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy w kosztach realizacji Usługi.

10. Zastosowanie mechanizmów waloryzacji, opisanych w ust. 9 (zmiana umowy) dokonywane jest w drodze jednostronnego oświadczenia Zamawiającego.

14. Wynagrodzenie za pierwszych 12 miesięcy obowiązywania Umowy nie podlega waloryzacji, o której mowa w ust. 9.

15. Waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w ust. 9 może zostać przeprowadzona w odstępach czasu nie krótszych niż po upływie kolejnych 12 miesięcy.

16. Zamawiający zastrzega, że maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia z tytułu realizacji Umowy na skutek waloryzacji, o której mowa w ust. 9, nie może przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość pięciokrotności średnich miesięcznych wynagrodzeń netto z poprzednich 12 miesięcy obowiązywania Umowy.”

Zdaniem Odwołującego § 9 ust. 8 wymaga modyfikacji umożliwiającej skorygowanie stawek jednostkowych wynikających z waloryzacji wynagrodzenia i innych zmian przepisów przywołanych w § 9 oraz w § 16 ust. 2 i 3. Zapis w przywołanym brzmieniu przeczy zapisom umowy i dopuszczonym w niej zmianom w zakresie wartości. Zmiana wartości umowy jest bezpośrednio powiązana z koniecznością modyfikacji stawek jednostkowych, gdyż stanowią one podstawę rozliczeń między stronami.

Zdaniem Odwołującego § 9 ust. 9, 10 i 14-16 umowy rażąco narusza przepis art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Na gruncie obowiązującej ustawy zamawiający obowiązany jest odróżniać waloryzację, o której mowa w przepisie art. 436 pkt 4 b), od waloryzacji z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, iż Zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby w projekcie umowy w ust. 9 dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń jego zastosowania, czyli nie może ograniczać poziomu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy do własnych wskaźników lub przeliczników procentowych (tj. 0,8 lub 0,15) lub oświadczać, że waloryzacja w trybie art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych zostanie pomniejszona o kwotę waloryzacji, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony do decydowania o wysokości zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych. Wymienione w art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanki waloryzacyjne są również regulowane przez odpowiednie 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.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie może wprowadzać klauzul umownych, że zastosowanie mechanizmów waloryzacji, opisanych w ust. 9 (zmiana umowy) będzie dokonywane w drodze jednostronnego oświadczenia Zamawiającego. Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy. Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym ze specyfikacji warunków zamówienia i umowy,

kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi. Jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony wykonawcy, zatem wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu.

W ust. 14 i ust. 15 Zamawiający postanowił, że wynagrodzenie za pierwszych 12 miesięcy obowiązywania umowy nie podlega waloryzacji, o której mowa w ust. 9, a waloryzacja wynagrodzenia może zostać przeprowadzona w odstępach czasu nie krótszych niż po upływie kolejnych 12 miesięcy. W przypadku waloryzacji wynikającej z przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający nie ma podstaw prawnych do wprowadzania jakichkolwiek terminów umownych, od których wykonawca będzie uprawniony do waloryzacji. Wprowadzenie stałości ceny przez pierwszy okres 12 miesięcy obowiązywania umowy i następnie wprowadzenie warunku upływu kolejnych 12 miesięcy jako podstawy dla następnej waloryzacji stanowi rażące naruszenie przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w ust. 16 wprowadza zastrzeżenie, że maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy na skutek waloryzacji, o której mowa w ust. 9, nie może przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość pięciokrotności średnich miesięcznych wynagrodzeń netto z poprzednich 12 miesięcy obowiązywania umowy. Ustawodawca nie przewidział dla zamawiającego uprawnienia do ograniczenia wartości waloryzacji wynagrodzenia umownego w trybie przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych. W rezultacie wynagrodzenie wykonawcy powinno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Wykonawca zaś obowiązany jest do wykazania w stosownej kalkulacji zawartej we wniosku waloryzacyjnym wpływu zmiany wskazanych regulacji na koszty wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowienia § 9 ust. 8, 9 i 10 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym: „8. Ceny jednostkowe świadczenia usług w wysokościach określonych w Cenniku są niezmiennie i obowiązują przez okres trwania Umowy poza przypadkiem określonym w § 9 ust. 8-13 i zamianami dopuszczonymi § 16 ust. 2 i 3) od dnia wejścia w życie zmian zmienionych przepisów.”; „9. Zamawiający przewiduje zgodnie z art. 436 pkt. 4) lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy. W celu wykazania wpływu na koszty wykonania przedmiotu zamówienia, Wykonawca zobowiązany będzie do pisemnego przedstawienia kalkulacji udziału kosztów pracowniczych niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy w kosztach realizacji Usługi.”; „10. Zastosowanie mechanizmów

waloryzacji, opisanych w ust. 9 (zmiana umowy) dokonywane jest w formie pisemnego aneksu na podstawie zgody obu Stron.” oraz o usunięciu postanowień § 9 ust. 14-16 umowy.

Zamawiający w postanowieniu § 9 ust. 9 umowy wprowadzie nawiązuje do przepisu art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakże zaniechał wprowadzenia jakichkolwiek zasad dotyczących waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w trybie art. 439 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub 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. 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.

Odwolujący wniósł o wprowadzenie do projektu umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w następującym brzmieniu lub równoważnym: „1. 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. 2 – 6 poniżej. 2. 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. 3. 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. 2, 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. 2, przekroczy 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia zmiana wynagrodzenia wykonawcy. 4. Wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa wzrostowi Wskaźnika wskazanego w ust. 3. 5. Wynagrodzenie Wykonawcy ulega waloryzacji od pierwszego dnia miesiąca następującego po dniu publikacji komunikatu Prezesa GUS – z uwzględnieniem postanowień ust. 3. 6. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi łącznie 15% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego w dniu zawarcia Umowy.

Zamawiający w postanowieniu § 4 ust. 1 i 2 wprowadził następującą klauzulę: „§ 4. OKRES OBOWIĄZYWANIA UMOWY 1. Strony zawierają Umowę na czas określony od dniado dnia..... 2. Terminy rozpoczęcia świadczenia usługi w poszczególnych lokalizacjach ustalone zostały w Załączniku nr 2 do Umowy. Terminy rozpoczęcia świadczenia usług w poszczególnych lokalizacjach mogą ulec zmianie z zastrzeżeniem §2 ust. 2 Umowy.”

Zamawiający zaniechał w ust. 1 wpisania konkretnych dat rozpoczęcia i zakończenia obowiązywania Umowy, naruszył zatem przepis art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Ponadto w ust. 2 Zamawiający zastrzega sobie uprawnienie do jednostronnej decyzji o terminie rozpoczęcia świadczenia usługi. Takie uprawnienie rażąco narusza interes wykonawcy. Wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi. Jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia przedmiotu zamówienia naraża wykonawcę na poważną szkodę. Wszelkie zmiany umowy dotyczące terminów realizacji przedmiotu umowy winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu.

Odwołujący wniósł o zmianę § 4 ust. 1 projektu umowy poprzez wpisanie konkretnych dat rozpoczęcia i zakończenia obowiązywania umowy oraz o zmianę postanowienia § 4 ust. 2 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym: „2. Terminy rozpoczęcia świadczenia usługi w poszczególnych lokalizacjach ustalone zostały w Załączniku nr 2 do Umowy. Terminy rozpoczęcia świadczenia usług w poszczególnych lokalizacjach mogą ulec zmianie za zgodą obu Stron wyrażoną w formie pisemnego aneksu.”

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił zarzuty nr 1, 2 i 4 – w części dotyczącej braku możliwości ograniczenia przez Zamawiającego kolejnych waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, do częstotliwości raz na 12 miesięcy oraz wniósł o oddalenie odwołania w stosunku do zarzutu nr 4 (w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego) oraz w stosunku do zarzutów nr 3 i 5 odwołania, a także wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający wskazał, że specyfika działalności prowadzonej przez spółki Grupy Kapitałowej TAURON bezpośrednio wpływa na określony w specyfikacji warunków zamówienia i projekcie umowy sposób świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu. W toku działalności spółek może dochodzić do awarii, które powodują wyłączenie z eksploatacji poszczególnych obiektów oraz brak możliwości ich użytkowania do czasu usunięcia awarii. Powyższe implikuje konieczność wstrzymania jakichkolwiek prac odbywających się w danym obiekcie, w tym w szczególności sprzątnia. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć terminu awarii oraz czasu niezbędnego na jej usunięcie. Awarie, w zależności od ich charakteru, trwają od kilku dni do kilku miesięcy. Poszczególne spółki dokonują optymalizacji w zakresie posiadanych nieruchomości produkcyjnych oraz nieprodukcyjnych, polegających w szczególności na zaniechaniu prowadzenia działalności produkcyjnej w tych obiektach, wyburzeniu obiektów, redukcji liczby nieruchomości, w których odbywa się działalność operacyjna przenosząc tę działalność do jednego obiektu. Wdrażają też pilotaż programu polegającego na ustanowieniu pracy hybrydowej – w miejscu prac oraz zdalnej, co zmierza do ograniczenia powierzchni nieruchomości eksploatowanych przez pracowników i pozwala na obniżenie kosztów utrzymania nieruchomości, w tym ograniczenia kosztów sprzątnia. W związku z przyjęciem przez rząd programu transformacji sektora elektroenergetycznego i planowanym wydzieleniem węglowych aktywów wytwórczych do NABE (Narodowej Agencji Bezpieczeństwa Energetycznego) możliwe jest wydzielenie niektórych spółek do NABE. W związku z możliwością nabycia przez Skarb Państwa 100% akcji w spółce TAURON Wydobywanie, możliwa jest zmiana struktury Grupy TAURON.

Zamawiający podkreślił, że pierwszy z zarzutów nie został uzasadniony. W treści uzasadnienia odwołania jedynie można odnaleźć skrótowe odniesienie się do zasady proporcjonalności przy formułowaniu specyfikacji warunków zamówienia, w związku z czym Zamawiający uznał, że argumentacja dotycząca zarzutu nr 1 łączy się z argumentacją przedstawioną na poparcie zarzutu nr 2 i tym samym, w związku z uwzględnieniem zarzutu nr 2, uwzględnił również zarzut nr 1. Jednakże w razie wskazania przez Odwołującego, że

zarzut nr 1 jest niepowiązany z zarzutem nr 2 – uzasadnienie zarzutu nr 1 jest niezgodne z wymogami art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. O prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania (wymienienie naruszonych przepisów), lecz wyczerpujące powołanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów. W zakresie zarzutu nr 1 nie można uznać, iż Odwołujący w sposób wyczerpujący przywołał okoliczności, które miałyby stanowić naruszenie art. 16 ust.1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych i Izba powinna pominąć ten zarzut w wyroku. Mając na uwadze powyższe oraz przepis art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych zarzut nr 1 należy uznać za niebyły, a w związku z tym niepodlegający rozpoznaniu przez Izbę.

Zamawiający wskazał na oczywistą bezzasadność zarzutu nr 3. Przepis art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek zawarcia w umowie postanowień dotyczących planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub robót budowlanych. Zamawiający bezsprzecznie wypełnił tę normę poprzez wskazanie terminu zakończenia usługi w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt II.2.7) i specyfikacji warunków zamówienia określając je na 31 lipca 2024 r. roku dla części nr 1-3 oraz na 30 czerwca 2024 r. dla części nr 4 -17. Zatem wykonawca na podstawie udostępnionej dokumentacji mógł z łatwością uzyskać informację o terminie zakończenia usług sprzątnięcia na rzecz Zamawiającego. Za chybiony należy uznać zarzut że wobec braku wpisania w § 4 ust. 1 wzoru umowy konkretnych dat rozpoczęcia i zakończenia obowiązywania umowy Zamawiający naruszył normę wynikającą z przepisu art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zarzut dotyczy wzoru umowy, który zostanie uzupełniony po dokonaniu wyboru najkorzystniejszych ofert odpowiednio do części, na które zostanie wykonawcom udzielone zamówienie. Sprzeczne z zasadami logiki byłoby sporządzanie przez Zamawiającego odrębnego wzoru umowy dla każdej z 17 części zamówienia, bowiem wszystkie zapisy, które są wspólne dla wszystkich części, są niezmiennie i wyartykułowane we wzorze, natomiast dla postanowień, które różnią się w zależności od części, Zamawiający zostawił puste pola, które po wyborze najkorzystniejszej oferty zostaną wypełnione (m.in. terminy rozpoczęcia i zakończenia realizacji) w oparciu o zapisy określone jednoznacznie w ww. dokumentacji zamówienia. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby Zamawiający nie miał prawa do określenia w sposób jednostronny daty rozpoczęcia świadczenia usługi zgodnie z jego wolą i zapotrzebowaniem, określonymi w dokumentacji postępowania oraz wiedząc o kończących się kontraktach. Zamawiający miał prawo do jednostronnego określenia terminu rozpoczęcia świadczenia usług, bowiem to on, a nie wykonawca, ma najlepszą wiedzę, w jakim okresie i jaka usługa

jest mu potrzebna. Wykonawca natomiast zapoznając się z tak określonym przedmiotem zamówienia podejmuje decyzję, czy w określonym przez Zamawiającego terminie jest w stanie świadczyć usługi i czy jest zainteresowany złożeniem oferty.

Zamawiający w załączniku nr 2 (omyłkowo określonym w specyfikacji warunków zamówienia jako załącznik nr 3) do wzoru umowy jednoznacznie określił terminy rozpoczęcia świadczenia usługi sprzątania w poszczególnych lokalizacjach będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający zastrzegł, że termin rozpoczęcia realizacji umowy może ulec zmianie w dwóch przypadkach: wystąpienia przesłanek z § 2 ust. 2 umowy oraz w przypadku, gdy zamówienie zostanie udzielone po terminie określonym w tym załączniku.

Zamawiający w § 2 ust. 2 wzoru umowy (przed zmianą specyfikacji warunków zamówienia) zastrzegł możliwość zmiany zakresu świadczonych usług, a co za tym idzie terminu rozpoczęcia świadczenia w poszczególnych lokalizacjach, z zachowaniem 20-dniowego terminu. Zgodnie z treścią uwzględnionego zarzutu nr 2 Zamawiający dokonał zmiany § 2 ust. 2 wskazując, że powiadomi wykonawcę o zmianie zakresu świadczonych usług nie później niż w terminie 30 dni przed zmianą. 30-dniowy termin uprzedzenia wykonawcy o zmianie zakresu świadczonych usług w sposób rozsądny wyważa interesy stron umowy. Z jednej strony bowiem zakres usług nie będzie podlegał zmianie „z dnia na dzień”, a Zamawiający przyjmuje na siebie ciężar opłacania przez okres 30 dni usługi, która będzie mu zbędna w przypadku nagłego wyłączenia z eksploatacji określonych powierzchni w związku z awarią lub innym zdarzeniem.

Ustawa Prawo zamówień publicznych zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący, nie jest to równoważne z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia. Z kolei zasadność możliwości zmiany terminu rozpoczęcia świadczenia usługi jest oczywista, bowiem wykonawca nie może świadczyć usługi przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dopuszczając możliwość przedłużenia się postępowania o udzielenie zamówienia zaznaczył, że jeśli wybór wykonawcy w postępowaniu nastąpi po terminie określonym w załączniku nr 2 do wzoru umowy, świadczenie usług przez wykonawcę rozpocznie się w terminie późniejszym aniżeli zakładał to Zamawiający.

Zamawiający w § 9 ust. 8 wzoru umowy przewidział następujący zapis: „Ceny jednostkowe świadczenia usług w wysokościach określonych w Cenniku są niezmiennie i obowiązują przez okres trwania Umowy”. Zamawiający podtrzymuje zasadność i prawidłowość zamieszczenia tego zapisu we wzorze umowy. Umowę należy czytać i interpretować jako

zbiór regulacji normujących stosunek zobowiązaniowy pomiędzy stronami. Regulacje zawarte w umowie tworzą funkcjonalną całość i nie można poszczególnych jej postanowień traktować jako odrębnych, niepowiązanych ze sobą zapisów, nie mając na względzie jej pełnej treści. Odwołujący dokonał błędnej interpretacji, ograniczającej się do traktowania postanowień umowy jako pojedynczych, odrębnych, niepowiązanych ze sobą regulacji.

Zasadą jest, że ceny jednostkowe świadczenia usług w wysokościach określonych w cenniku są niezmiennie i obowiązują przez cały okres trwania umowy. Natomiast Zamawiający, zgodnie z przepisami art. 436 pkt. 4 lit. b i art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany jest do uregulowania postanowień pozwalających na zmianę wysokości wynagrodzenia w określonych sytuacjach, w szczególności w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej. Jednak postanowienia te będą miały zastosowanie wyłącznie w razie spełnienia określonych przesłanek. Zatem zapisy uregulowane w § 9 ust. 9 i dalszych stanowią wyjątek od zasady uregulowanej w § 9 ust. 8 umowy, a zatem znajdują pierwszeństwo stosowania.

Żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie zakazuje uregulowania zasad waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w przepisie art. 436 pkt 4 b ustawy Prawo zamówień publicznych i zasad waloryzacji wynagrodzenia na podstawie art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych w jednym postanowieniu umowy. Ustawodawca określa jedynie obowiązek zastosowania zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku wystąpienia określonych przesłanek. Ani treść zasad zmiany wynagrodzenia, ani stopień ich szczegółowości nie zostały przez ustawodawcę określone. Z uzasadnienia do projektu ustawy oraz stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być „odpowiednie”. Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie, według opisanej krok po kroku procedury mogły dokonać procesu zmian. Mając na uwadze powyższe Zamawiający w § 9 ust. 9 wzoru umowy zawarł wzór, przy wykorzystaniu którego strony umowy w sposób niesporny, odnoszący się do publikowanych przez instytucje publiczne wskaźników ekonomicznych oraz parametrów cenowych zaoferowanych przez wykonawcę, mogłyby ustalić wartość zwaloryzowanego wynagrodzenia wykonawcy.

Wychodząc jednak naprzeciw żądaniom Odwołującego oraz transparentności przy waloryzowaniu wynagrodzeń Zamawiający rozdzielił dwa rodzaje waloryzacji wynagrodzenia na dwa odrębne zapisy. W § 9 ust. 9 wzoru umowy znajduje się wzór regulujący waloryzację, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) tiret 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast w § 9 ust. 10 wzoru umowy znajduje się wzór regulujący waloryzację z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązek waloryzacji wynagrodzenia, o którym mowa w art.

436 pkt 4 lit. b tiret 1, 3-5 ustawy Prawo zamówień publicznych określone zostały w umowie w § 16 ust. 2 pkt 1-4. Wskazany w § 9 ust. 9 wskaźnik waloryzacji w żaden sposób nie ogranicza poziomu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, a wskazuje jedynie na sposób wyliczenia wzrostu (lub zmniejszenia) wynagrodzenia wykonawcy. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w przypadku np. podwyższenia minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalona zostanie w oparciu o dotychczasową stawkę z cennika i wskaźnik % wzrostu płacy minimalnej. Podobnie sytuacja ma się w przypadku wskaźnika waloryzacji z § 9 ust. 10 wzoru umowy, gdzie do obliczenia waloryzacji wynagrodzenia Zamawiający zastosował dwie dane – dotychczasową stawkę z cennika i średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych liczony za okres ostatnich 12 miesięcy ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zamawiający podkreśla, iż art. 439 ust. 2 pkt 2a ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje stosowanie „wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego” pozostawiając jednocześnie Zamawiającemu swobodę w zakresie wyboru jego rodzaju. Zamawiający zdecydował się na wskaźnik średnioroczny i nie zgadza się z zastosowaniem do wzoru zaproponowanego przez Odwołującego wskaźnika kwartalnego. Zamawiający, przed ogłoszeniem przetargu, dokonał wstępnych konsultacji rynkowych, podczas których zadał wykonawcom pytanie, czy do liczenia wskaźnika waloryzacji w przypadku podniesienia stawki płacy minimalnej, zaakceptowałyby następujące rozwiązanie (zakładając, że 80% kosztów to koszty pracownicze):
$$\text{Wskaźnik wzrostu stawek z cennika po zmianie płacy minimalnej} = (\text{obecne stawki z cennika} * \text{wskaźnik \% wzrostu płacy minimalnej}) * 0,8 + (\text{obecne stawki z cennika} * \% \text{ wzrost wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych liczony za okres 12 miesięcy}) * 0,15.$$
 Na powyższe pytanie odpowiedzi udzieliło 7 podmiotów wykonujących usługi sprzątnia, spośród których 5 zaakceptowało zaproponowany przez Zamawiającego wzór, uznając go za właściwy i adekwatny. W związku z powyższym, jako że ponad 70% przedstawicieli rynku opowiedziało się za tym, że koszty pracownicze stanowią 80% ceny ofertowej, a 15% ceny ofertowej to czynniki powiązane z cenami towarów i usług, Zamawiający uwzględnił we wzorze i przyjął zaproponowany podczas konsultacji rynkowych mechanizm z powyższymi wartościami do wzoru umowy. Zaproponowany przez Zamawiającego mechanizm przyczyni się także do sprawnego waloryzowania wynagrodzeń wykonawców, co leży także w ich interesie. Alternatywna, stosowana obecnie przez Zamawiającego koncyliacyjna metoda waloryzowania wynagrodzenia jest czasochłonna i w praktyce trwa nawet kilka miesięcy. Mając na uwadze, że w wyniku przedmiotowego postępowania zostanie zawartych 17 umów, Zamawiający przewidział we wzorze umowy mechanizmy automatyzujące i upraszczające sposób ustalania wynagrodzenia, które realizują dyspozycje przepisów art. 436 oraz art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podkreślił niespójność twierdzeń Odwołującego, który w odwołaniu zarzuca Zamawiającemu stosowanie przy waloryzacji wynagrodzenia przeliczników (0,8 odnoszącego się do wskaźnika % dotyczącego płacy minimalnej i 0,15 odnoszącego się do wskaźnika % cen towarów i usług), a jednocześnie spółka z grupy kapitałowej Odwołującego podczas wstępnych konsultacji rynkowych zaproponowała algorytm oparty o te same wskaźniki i przeliczenia, przyjmując dla nich inne wartości (0,9 i 0,1, tj. waloryzację 90% przychodu o wskaźnik wzrostu wynagrodzenia oraz 10% o GUS). Zamawiający nie przyjął tej propozycji, bowiem nie była ona zbieżna z większością stanowiska uzyskaną od podmiotów świadczących usługi sprzątanania. Powyższe jednak potwierdza akceptację samego mechanizmu waloryzacji oraz składowych, które tworzą wzór waloryzujący wynagrodzenie wykonawcy. Zatem klauzula waloryzacyjna jest prawidłowa, wyliczalna, nie ma tu elementu negocjacji i uznaniowości oraz chroni Zamawiającego przed nadmierną podwyżką cennika w stosunku do cen z oferty. Zgodnie z powszechnie obowiązującą doktryną cena oferty powinna być oparta na realnych kalkulacjach kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem kalkulacja cennika poszczególnych usług winna być oparta o co najmniej koszty zatrudnienia pracowników (płaca minimalna lub minimalna stawka godzinowa), koszty środków czystości i urządzeń, przy pomocy których będzie świadczona usługa oraz zysk wykonawcy.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazują, że waloryzacja na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych powinna być dokonana na podstawie aneksu do umowy w sprawie zamówienia ani też, że Zamawiający nie może zwaloryzować wynagrodzenia na podstawie jednostronnego oświadczenia. Zamawiający powinien wskazać co najmniej terminy, od których nastąpi zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy, sposób jej wprowadzenia, a także obowiązki dowodowe wykonawcy, tj. od kiedy wykonawcy należne będzie wynagrodzenie w zmienionej wysokości, czy konieczne będzie zawieranie w tym przedmiocie aneksu, czy wystarczająca będzie akceptacja dowodów potwierdzających wzrost kosztów realizacji zamówienia przedstawionych przez wykonawcę oraz jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające wymóg wynikający z art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem to po stronie Zamawiającego leży ustanowienie zasad regulujących waloryzację wynagrodzenia wykonawcy i od Zamawiającego zależy, czy zmiany dotyczące wynagrodzenia będą wymagały zawarcia aneksu między stronami.

W § 9 ust. 10 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że waloryzacji w zakresie przesłanek z art. 436 pkt 4 lit. b tiret drugi ustawy Prawo zamówień publicznych dokona poprzez jednostronne oświadczenie. Jest to zgodne ze stanowiskiem doktryny, która wskazuje, że postanowienia art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogą wskazywać na możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia w zależności od uznania stron, przepis ten

bowiem ma charakter bezwzględnie obowiązujący, wobec czego bez znaczenia jest wola stron we wprowadzeniu zmiany wynagrodzenia na jego podstawie. Jednocześnie w § 16 ust. 2 Zamawiający przewidział mechanizm, zgodnie z którym w przypadku wystąpienia w szczególności przesłanek określonych w § 16 ust. 2 pkt 1-4, wykonawca może wnieść o dokonanie zmian w umowie, które zostaną przyjęte za porozumieniem stron. Zamawiający przewidział tam przesłanki określone w art. 436 pkt 4 lit. b tiret 1, 3-5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że § 9 ust. 14 i 15 (w wersji przed zmianą specyfikacji warunków zamówienia) są sprzeczne z przepisem art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek ustanowienia reguł określających zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W związku z powyższym Zamawiający nie jest obowiązany do waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przed upływem tego okresu. Tym samym należy przyjąć, że wolą ustawodawcy jest, aby wykonawca jako podmiot profesjonalny był w stanie określić cenę świadczenia w horyzoncie jednego roku (gdyby bowiem Zamawiający udzielał zamówienia na okres do 12 miesięcy, nie musiałby stosować klauzul waloryzacyjnych).

W odpowiedzi na zarzut dotyczący zapisu § 9 ust. 15 (w wersji przed zmianą specyfikacji warunków zamówienia) Zamawiający uwzględnił możliwość waloryzacji nie częściej niż co 12 miesięcy, bowiem jest to zgodne z dotychczasową praktyką w zakresie zmiany płacy minimalnego wynagrodzenia, które na przestrzeni co najmniej ostatnich 20 lat było modyfikowane nie częściej niż raz na 12 miesięcy. Jednakże wychodząc naprzeciw żądaniu Odwołującego, uwzględnił jego wniosek i dokonał zmiany § 9 ust. 15 poprzez dodanie § 9 ust. 18, który stanowi, że jeżeli zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, o której mowa w § 9 ust. 9, nastąpi częściej niż raz w roku, Zamawiający dokona odpowiednio takiej waloryzacji w oparciu o zasady opisane w ust. 9, jednakże nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy. Przez co Zamawiający nie ogranicza częstotliwości zmian wynagrodzenia w oparciu o art. 436 pkt. 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli będzie to wynikało z przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Zamawiający dokonał zmiany § 9 ust. 16 i nadał mu następujące brzmienie w § 9 ust. 17: „Zamawiający zastrzega, że maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia z tytułu realizacji Umowy na skutek waloryzacji, o której mowa w ust. 10, nie może przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość pięciokrotności średnich miesięcznych wynagrodzeń netto z poprzednich 12 miesięcy obowiązywania Umowy.” Z uwagi na zmianę § 9 ust. 17 stosuje się wyłącznie do waloryzacji, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych. To na Zamawiającym ciąży obowiązek określenia zasad, w jaki sposób należy dokonywać waloryzacji wynagrodzenia, co też uczyniono w § 9 ust. 17, określając maksymalną

wysokość wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy na skutek waloryzacji na równowartość pięciokrotności średnich miesięcznych wynagrodzeń netto z poprzednich 12 miesięcy obowiązywania umowy. Wskazane w umowie ograniczenie maksymalnej wysokości zmiany wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy na skutek waloryzacji jest wypełnieniem z przepisu art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa nie ustanawia w tym zakresie żadnych ograniczeń i pozostawia określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Zamawiającemu.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień specyfikacji warunków zamówienia,
2. art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych,
3. art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia terminów obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego,
4. art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,

5. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Zamawiający uwzględnił zarzuty nr 1, 2 i 4 – w części dotyczącej braku możliwości ograniczenia przez Zamawiającego kolejnych waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, do częstotliwości raz na 12 miesięcy, zatem w tym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że 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.

Jednocześnie Izba zauważa, że zarzuty nr 1 i 2 nie są zarzutami samodzielnymi, lecz ogólnymi, gdyż naruszenie wskazanych zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień specyfikacji warunków zamówienia oraz wprowadzenie do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych zależy od konkretnych naruszeń, których mógł dokonać Zamawiający, a które należało sprecyzować w dalszej części odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności spornego projektu/wzoru umowy nie jest sporny pomiędzy Stronami.

Izba ustaliła, że 14 marca 2022 r. Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia w zakresie ww. wzoru umowy nadając kwestionowanym postanowieniom przyszłej umowy następujące brzmienie:

§ 2. ZAKRES USŁUG

1. Zakres czynności realizowanych w ramach usług objętych Przedmiotem Umowy został określony w Załączniku nr 3 do Umowy, natomiast lokalizacje Zamawiającego, w których odbywa się świadczenie usług utrzymania czystości oraz prac porządkowo-gospodarczych zostały wskazane w Załączniku nr 2 do Umowy.

2. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany zakresu świadczonych usług, z zastrzeżeniem postanowień § 8 pkt 10) Umowy. O zmianach Zamawiający powiadomi Wykonawcę niezwłocznie, nie później jednak, niż na 30 dni przed zmianą. Zmiana taka nie

stanowi zmiany Umowy i nie wymaga zawarcia aneksu do niniejszej Umowy. (Wcześniej było: 20 dni).

§ 4. OKRES OBOWIĄZYWANIA UMOWY

1. Strony zawierają Umowę na czas określony od dnia do dnia
2. Terminy rozpoczęcia świadczenia usługi w poszczególnych lokalizacjach ustalone zostały w Załączniku nr 2 do Umowy. Terminy rozpoczęcia świadczenia usług w poszczególnych lokalizacjach mogą ulec zmianie z zastrzeżeniem § 2 ust. 2 Umowy.

§ 8. ZOBOWIĄZANIA ZAMAWIAJĄCEGO

Zamawiający zobowiązuje się do:

- 1) przekazania zakresu prac do wykonania,
- 2) nadzoru nad realizacją Umowy,
- 3) zapewnienia dostępu do powierzchni i pomieszczeń objętych Umową,
- 4) zapłaty wynagrodzenia,
- 5) usunięcia przeszkód technicznych lub organizacyjnych stwierdzonych przez Wykonawcę, utrudniających lub uniemożliwiających należyte wykonanie usług,
- 6) niezwłocznego informowania Wykonawcy o zaistniałych zmianach Przedmiotu Umowy i warunków wykonywanej usługi,
- 7) udostępnienia Wykonawcy źródeł poboru wody i energii elektrycznej, niezbędnych do wykonania objętych Umową usług,
- 8) udostępnienia pomieszczeń niezbędnych do realizacji niniejszej Umowy w tym do przechowywania sprzętu i materiałów nieodpłatnie lub na warunkach określonych odrębną umową. Wykaz obiektów, w których udostępnienie ww. pomieszczeń jest odpłatne, stanowi Załącznik nr 8 do Umowy,
- 9) umożliwienia Wykonawcy zorganizowania pracy w sposób zapewniający jego pracownikom bezpieczne i higieniczne warunki pracy zgodnie z przepisami BHP i z zakresu ochrony przeciwpożarowej,
- 10) zlecenia Wykonawcy usług utrzymania czystości w obiektach o powierzchni wynoszącej co najmniej 70% powierzchni przekazanej z chwilą zawarcia Umowy, wynikającej z Załącznika nr 2 do Umowy, w zakresie pozycji 1-11 (i pozycje 29- 30 jeżeli występują) określonych w Załączniku nr 1 do Umowy (Cennik), wyliczanej po zakończeniu realizacji Umowy. Na zmniejszenie powierzchni, z zachowaniem limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim, mogą wpłynąć niemożliwe do przewidzenia lub oszacowania na dzień zawarcia Umowy zmiany własnościowe lub organizacyjne po stronie Zamawiającego nadto:
 - a) sprzedaż, łączenie czy podział Spółek, na rzecz których realizowane są przedmiotowe usługi,

- b) sprzedaż lub wyłączenie z eksploatacji poszczególnych obiektów lub ich części, w których świadczone będą usługi utrzymania czystości,
 - c) awarie poszczególnych obiektów lub ich części uniemożliwiające świadczenie usług sprzątanania w sposób zapewniający pracownikom Wykonawcy bezpieczne i higieniczne warunki pracy zgodnie z przepisami BHP i z zakresu ochrony przeciwpożarowej.
- 11) przekazania przedstawicielom Wykonawcy wewnętrznych regulacji Zamawiającego dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy, ochrony przeciwpożarowej, ochrony środowiska oraz innych niezbędnych do wykonania Przedmiotu umowy.

(Wcześniej w punkcie 10. było odpowiednio: 60%; Na zmniejszenie powierzchni, z zachowaniem limitu, o którym mowa w zdaniu poprzednim, mogą wpłynąć niemożliwe do przewidzenia lub oszacowania na dzień zawarcia Umowy zmiany własnościowe lub organizacyjne po stronie Zamawiającego, w szczególności..., c) konieczność dokonania oszczędności.

§ 9. WYNAGRODZENIE

1. Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy ustalane będzie za każdy miesiąc realizacji Przedmiotu Umowy stosownie do zakresu świadczonych w danym miesiącu usług, pomniejszone o kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego ich wykonania.
2. Wynagrodzenie za świadczenie usług utrzymania czystości z wyłączeniem ust. 3 w obiektach należących oraz zarządzanych przez Zamawiającego, oraz za utrzymanie terenów zewnętrznych będzie ustalane na podstawie iloczynu cen jednostkowych określonych w Cenniku stanowiącym Załącznik nr 1, oraz liczby jednostek powierzchni objętych usługą.
3. Wynagrodzenie za świadczenie kompleksowej obsługi łaźni pracowniczych, w przypadku zadań, w których występują łaźnie pracownicze, będzie rozliczane według zasad przyjętych w danej lokalizacji.
4. Wynagrodzenie za świadczenie usług zleczanych okresowo (mycie elewacji, okien, odśnieżanie itp.) będzie ustalane na podstawie iloczynu cen jednostkowych określonych w Cenniku stanowiącym Załącznik nr 1 oraz wg liczby jednostek na podstawie których te usługi są rozliczane.
5. Wynagrodzenie za świadczenie serwisu dziennego oraz usług dodatkowych rozliczanych w oparciu o stawkę serwisu dziennego będzie ustalane na podstawie iloczynu stawki roboczogodziny określonej w Cenniku stanowiącym Załącznik nr 1 oraz liczby przepracowanych godzin.
6. Wynagrodzenie za prace porządkowo-gospodarcze, o których mowa w § 2 ust. 4 będzie ustalane na podstawie uzgodnionej między Stronami stawki oraz zwrotu kosztów materiałów wraz z ich dostawą, i pracy sprzętu w zakresie niezbędnym do wykonania zleconych prac.

Zwrot kosztów nastąpi po udokumentowaniu przez Wykonawcę rozeznania cenowego przeprowadzonego wśród co najmniej 3 dostawców materiałów lub wypożyczalni sprzętu, przy czym wybór oferty innej, niż najtańsza musi być uzasadniony i wymaga uprzedniej akceptacji Koordynatora Zamawiającego. Wszystkie pozostałe koszty realizacji tych prac, takie, jak koszty zakupu i rozładunku materiałów, przejazdów pracowników, koszty ogólne, podatki, opłaty i zysk Wykonawcy są ujęte w stawce i nie będą uwzględniane przy ustalaniu wynagrodzenia Wykonawcy.

7. Za usługi wykonane na podstawie Umowy i składanych zgodnie z Umową Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie według zasad podanych w niniejszym paragrafie oraz paragrafie 10.

8. Ceny jednostkowe świadczenia usług w wysokościach określonych w Cenniku są niezmiennie i obowiązują przez okres trwania Umowy.

9. Zamawiający przewiduje zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany 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. Waloryzacja wynagrodzenia z przyczyny wskazanej powyżej będzie dokonywana przy zastosowaniu wskaźnika waloryzacji (dalej: „Wskaźnik waloryzacji”), obliczonego według następującego wzoru oraz w oparciu o zasady wskazane w ustępach 11-16 i 18 poniżej:

$$W(X) = (\text{obecne stawki z cennika} * \text{wskaźnik \% wzrostu płacy minimalnej}) * 0,8$$

$W(X)$ – wskaźnik waloryzacji za rok X , gdzie X jest rokiem obowiązywania zwaloryzowanych stawek – o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W celu wykazania wpływu na koszty wykonania przedmiotu zamówienia, Wykonawca zobowiązany będzie do pisemnego przedstawienia kalkulacji udziału kosztów pracowniczych oraz kosztów materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy w kosztach realizacji Usługi.

10. Zamawiający przewiduje zgodnie z art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, waloryzację wynagrodzenia począwszy od 13 miesiąca obowiązywania Umowy, z zastrzeżeniem ust. 15 poniżej, przy zastosowaniu wskaźnika waloryzacji (dalej: „Wskaźnik waloryzacji”), obliczonego według następującego wzoru oraz w oparciu o zasady wskazane w ustępach 11-17 poniżej:

$$W(X) = (\text{obecne stawki z cennika} * \% \text{ wzrost średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych liczonego za okres ostatnich 12 miesięcy ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”}) * 0,15$$

$W(X)$ – wskaźnik waloryzacji za rok X , gdzie X jest rokiem obowiązywania zwaloryzowanych stawek.

11. Zastosowanie mechanizmów waloryzacji, opisanych w ust. 9 i 10 (zmiana wynagrodzenia) dokonywane jest w drodze jednostronnego oświadczenia Zamawiającego.

12. Waloryzacji nie podlega zwrot kwot zatrzymanych.

13. Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, jeżeli wykonał prace dodatkowe bez uzyskania pisemnej (lub za pośrednictwem poczty elektronicznej) zgody Zamawiającego.

14. W przypadku, gdy Usługi rozliczane ryczałtowo będą realizowane przez niepełny miesiąc, Wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie w kwocie odpowiadającej iloczynowi liczby dni realizacji Usług w danym miesiącu oraz 1/30 wartości łącznego ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego netto dotyczącego danej lokalizacji.

15. Wynagrodzenie za pierwszych 12 miesięcy obowiązywania Umowy nie podlega waloryzacji, o której mowa w ust. 9 i 10.

16. Waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w ust. 9 i 10 może zostać przeprowadzona w odstępach czasu nie krótszych niż po upływie kolejnych 12 miesięcy – z zastrzeżeniem ust. 18.

17. Zamawiający zastrzega, że maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia z tytułu realizacji Umowy na skutek waloryzacji, o której mowa w ust. 10, nie może przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość pięciokrotności średnich miesięcznych wynagrodzeń netto z poprzednich 12 miesięcy obowiązywania Umowy.

18. Jeżeli zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace, o której mowa w ust. 9 powyżej nastąpi częściej niż jeden raz w roku na podstawie obowiązujących przepisów prawa w tym zakresie, wówczas Zamawiający, dokona odpowiednio takiej waloryzacji w oparciu o zasady opisane w ust. 9, jednakże nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy.

Zamawiający zatem zmienił brzmienie ust. 9 oraz dodał ust. 10 i 18.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Zatem orzekając Izba uwzględniła dokonaną 14 marca 2022 r. modyfikację specyfikacji warunków zamówienia i odniosła się do jej brzmienia jako obowiązującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dzień rozprawy i orzekania.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism Stron i ich stanowisk

przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, oprócz wskazanych ogólnie art. 16 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia terminów obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Powyższe przepisy stanowią:

Art. 433. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Art. 436. Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

- 1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną;
- 2) warunki zapłaty wynagrodzenia;
- 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;
- 4) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy:
 - a) wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5,
 - b) 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.

Art. 439. 1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub 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.

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.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. 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.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1–3, 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 umowy są roboty budowlane lub usługi; 2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy

Jak wynika z przywołanego brzmienia przepisów, w zakresie podniesionym w odwołaniu, regulacje ustawowe wymagają odniesienia się w umowie dotyczącej zamówienia publicznego do wskazanych w tych przepisach zagadnień, jednak nie wskazują, a tym bardziej nie narzucają konkretnego sposobu ich regulacji, np. konkretnego sposobu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Jest to oczywiste, bowiem przepisy te nie odnoszą się i nie mogą odnosić do nieokreślonej liczby konkretnych i odmiennych sytuacji, które mogą mieć miejsce w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem jeśli zamawiający ujął w umowie powyższe zagadnienia, to wypełnił zobowiązanie ustawowe i już kwestią ocenną (choć podlegającą ocenie) pozostaje, czy zrobił to prawidłowo.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Natomiast, jak wynika z art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Powyższe przepisy określają więc, że środki ochrony prawnej, jak i sama kontrola Izby w związku z wniesionym odwołaniem, jest kontrolą legalności działania zamawiającego, czyli zgodności tego działania z przepisami prawa (zasadniczo – ustawy Prawo zamówień publicznych). W momencie więc stwierdzenia, że działanie danego zamawiającego było zgodne z prawem, dopiero w dalszej kolejności rozpatrywane jest, na ile jego działanie było uzasadnione – oczywiście pod kątem sformułowania podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu zasadniczo, że postanowienia umowy zostały skonstruowane w sposób rażąco nieproporcjonalny i obciążający zbytnim ryzykiem wykonawcę. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska. Przy czym, jak wskazała powyżej, w zakresie postanowień zmodyfikowanych nie oceniała ich pierwotnego brzmienia jako bezprzedmiotowego, natomiast, w jej ocenie, Odwołujący nie przedstawił wystarczająco

przekonującej argumentacji w odniesieniu do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie oraz w kwestii zmienionych postanowień przyszłej umowy.

Izba uznała wyjaśnienie wprowadzenia danego brzmienia poszczególnych postanowień umowy przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy za przekonujące i przyjęła je w całości. Zostało ono przytoczone w punkcie II uzasadnienia, zatem zbędne jest powtarzanie zawartej tam argumentacji w punkcie III.

Należy też zauważyć, że, pomimo zarzucenia w odwołaniu braków we wzorze umowy, stanowisko Odwołującego w rzeczywistości oparte było na założeniu nie samych braków, ale na tym, że chciałby, aby Zamawiający w inny sposób rozłożył ryzyko pewnych zdarzeń pomiędzy Stronami – w sposób bardziej korzystny dla wykonawcy. I Zamawiający w dużej mierze wypełnił powyższe zmieniając postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (wzoru umowy) w tym zakresie w § 8 i § 9.

Jeśli chodzi o gwarantowany zakres usługi, to należy zauważyć, że Zamawiający taki zakres zagwarantował, więc spełnił swój obowiązek – nawet jeśli Odwołujący chciałby, aby ten zakres był inny (większy). Jednak, jak wskazano, pewne zdarzenia, które mogą nastąpić w trakcie realizacji usługi, są nieprzewidywalne i niezależne od woli stron, zatem uzasadnione jest, aby każda ze stron ponosiła w tym zakresie pewne ryzyko.

Zdaniem Izby Zamawiający ryzyko to podzielił w sposób racjonalny nie obciążając nadmiernie żadnej ze stron. Po pierwsze bowiem zmienił wielkość powierzchni z początkowych 60% do 70% (przy proponowanych przez Odwołującego 80%) oraz nieco zwiększył zakres tych powierzchni – nawet jeśli nie jest to odniesienie do aż takiego zakresu powierzchni, jak chciałby Odwołujący.

Zamawiający usunął także postanowienia dotyczące możliwości zmiany zakresu usług ze względu na konieczność dokonania oszczędności czy „inne potrzeby Zamawiającego”, czyli dość nieokreślone i przez to w dużej mierze zależne od jego woli, odniósł się natomiast do awarii w obiektach jako przyczyny zmniejszenia powierzchni przeznaczonej do sprzątania (§ 8 ust. 10). Przy czym, w ocenie Izby § 8 ust. 10 lit. c sformułował w sposób nawet dla siebie niekorzystny, ponieważ wskazał na awarie uniemożliwiające bezpieczne i higieniczne (bhp) świadczenie usługi, nie zaś np. na samą niecelowość sprzątania w wyłączonych z użytkowania obiektach, co wydawałoby się bardziej racjonalne z jego punktu widzenia.

W § 2 ust. 2, powiązany z § 8 pkt 10, zmienił także okres powiadomienia wykonawcy o zmianach zakresu świadczenia usługi z 20 na 30 dni. Zatem Zamawiający w pełniejszy sposób będzie pokrywał ewentualne straty wykonawcy związane z pokryciem wynagrodzenia pracownika wykonawcy w okresie wypowiedzenia umowy o pracę – i choć nadal nie musi to być pełen okres takiego wypowiedzenia, zwłaszcza w odniesieniu do liczenia terminu wypowiedzenia na koniec miesiąca – to jednak rozkłada ryzyko kosztowe pomiędzy Zamawiającego a wykonawcę.

Przy czym, w ocenie Izby, nie jest niedozwolone wprowadzenie przez Zamawiającego postanowień dopuszczających jednostronne działanie Zamawiającego – jest to bowiem postanowienie, które można uznać za częściowe wypowiedzenie umowy z zachowaniem okresu wypowiedzenia, która to instytucja jest znana w prawie zobowiązań i także, poprzez zachowanie okresu wypowiedzenia, rozkłada ciężar i ryzyko kontraktowe pomiędzy obie strony umowy.

Przy tym kwestia, czy właściwa jest tu wartość 60, 70, 80% i których powierzchni dotycząca, czy powinno być to 30 dni, czy inny okres itd., jest typowo ocenna i oczywiste jest, że każda ze stron umowy wolałaby zawrzeć w niej postanowienia jak najbardziej dla niej korzystne. Należy to jednak wyśrodkować i Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający wyśrodkował to w sposób niewłaściwy czy niedopuszczalny. Zdaniem Izby ryzyko zostało rozłożone pomiędzy strony w sposób proporcjonalny, nawet jeśli z oczywistych przyczyn (tj. nie wiadomo, jakie sytuacje rzeczywiście zaistnieją w trakcie realizacji umowy) nie będzie to dokładnie proporcja 1:1.

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 rażąco niską 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.

W ocenie Izby także w tym przypadku nie jest niedozwolone wprowadzenie przez Zamawiającego postanowień dopuszczających jednostronne działanie Zamawiającego związane z waloryzacją, zwłaszcza że wynikać ono będzie ze zmiany przepisów powszechnie obowiązujących i zawartego w umowie wzoru (§ 9 ust. 9 i 10). Zamawiający wyjaśnił także, na jakiej podstawie określił wskaźniki waloryzacji odpowiednio na poziomie 0,8 i 0,15. Zmieniając specyfikację warunków zamówienia, Zamawiający przewidział też w ust. 18 § 9 dodatkową waloryzację.

Zdaniem Izby powyższe postanowienia umowy rozdzielają ryzyko wzrostu kosztów realizacji usługi pomiędzy obie strony umowy, nawet jeśli nie jest to najbardziej idealna opcja, którą mógł przewidzieć Zamawiający.

Co do zarzutu naruszenia art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia terminów obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezrozumiały, zwłaszcza że Odwołujący nie podnosił zarzutu braków w opisie przedmiotu zamówienia poprzez brak wskazania okresu realizacji usługi.

W punkcie 2.8 specyfikacji warunków zamówienia „Termin wykonania zamówienia” Zamawiający wskazał: „Termin rozpoczęcia realizacji poszczególnych części został określony w załączniku nr 3 do Wzoru umowy. Termin zakończenia realizacji poszczególnych części: 1, 2, 3 - 31.07.2024 r., 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 – 30.06.2024 r. Zamawiający dopuszcza zmianę treści wzoru Umowy w zakresie terminów rozpoczęcia obowiązywania Umowy, w szczególności w przypadku, gdy zamówienie zostanie udzielone po terminie określonym w załączniku nr 3 do Wzoru Umowy, z tym że termin zakończenia określony powyżej nie ulegnie zmianie.”

W § 4 wzoru umowy Zamawiający co prawda zawarł postanowienie: „1. Strony zawierają Umowę na czas określony od dnia do dnia 2. Terminy rozpoczęcia świadczenia usługi w poszczególnych lokalizacjach ustalone zostały w Załączniku nr 2 do Umowy. Terminy rozpoczęcia świadczenia usług w poszczególnych lokalizacjach mogą ulec zmianie z zastrzeżeniem § 2 ust. 2 Umowy.”, ale oczywiste jest, że pozostawione w tym postanowieniu miejsce do wypełnienia (kropki), zostanie wypełnione przy wypełnianiu formularza wzoru umowy dla danej umowy (jednej z, jak wskazał Zamawiający, siedemnastu planowanych), stosownie do opisu przedmiotu zamówienia dla poszczególnych spółek grupy i okoliczności zawarcia umowy, tj. kiedy realnie zostanie ona zawarta.

Jest też oczywiste, że Zamawiający nie jest w stanie dokładnie przewidzieć, z jaką datą poszczególne umowy zostaną zawarte, zatem racjonalne jest zastrzeżenie o możliwości

zmiany terminów rozpoczęcia świadczenia usługi w poszczególnych lokalizacjach. Zresztą nawet przy braku takiego zastrzeżenia, data rozpoczęcia świadczenia usługi i tak musiałaby być datą realną, tj. następującą po zawarciu umowy.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 i § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący; a Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Jak wynika z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę oddalone w całości – do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 1 albo ust. 2 pkt 1 tego rozporządzenia.

Izba uwzględniła zatem należny wpis w wysokości 15.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: