

Wrocław, dnia 12 lutego 2024 r.

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

Odwołujący:

Impel S.A.

ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000004185; NIP: 8990106769

numer telefonu: **510011594/ 510011545**

adres poczty elektronicznej: **a.walkowicz@impel.pl**

Przedstawiciel: **Artur Walkowicz**

Zamawiający:

Szpital Uniwersytecki w Krakowie,

ul. Kopernika 36, 31-501 Kraków

KRS: 0000024155 NIP: 675-11-99-442 , REGON: 000288685

tel. 12 424 78 03

e-mail: abeben@su.krakow.pl

adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/881305>

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 poz. 1605 t. j. z dnia 2023.08.14) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Kompleksowa usługa polegająca na ochronie, dozorowaniu i monitorowaniu wskazanych budynków, punktów i terenu Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie*. (znak postępowania: DFP.271.199.2023.AB).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 22/2024 pod numerem 64456 - 2024 z dnia 31.01.2024 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Kompleksowa usługa polegająca na ochronie, dozorowaniu i monitorowaniu wskazanych budynków, punktów i terenu Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie*. Numer referencyjny: DFP.271.199.2023.AB.

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. 439 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.94 z zm.) – *dalej kc* poprzez:
 - a) nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przy projektowaniu treści projektu umowy polegającej na uwzględnieniu jedynie swoich interesów przy sformułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 Ustawy
i
 - b) wadliwe określenie we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

podczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:

- 1) zmianę § 9 ust. 2 – 11 wzoru umowy polegająca na modyfikacji ww. postanowienia w sposób, który spowoduje jego zgodnością Ustawą.

Nadanie § 9 ust. 2 - 11 wzoru umowy na przykład następującej treści:

4. *Na zasadach określonych w niniejszym paragrafie wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 2 ust. 2 ulegnie zmianie w przypadku udowodnienia zmiany ceny rzeczy*

dostarczanych lub kosztów związanych z realizacją Przedmiotu Umowy na następujących zasadach:

„Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:

a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.

b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy -, przy czym zmiana jest dopuszczalna:

- w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w pkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert;*
- w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w pkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 1% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;*

c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;

d) Suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 15 % ceny kontraktowej netto określonej w dniu zawarcia umowy.

e) Zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności.”

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 oferty i ubieganie się

o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

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

Zamawiający w dniu 31.01.2024 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Kompleksowa usługa polegająca na ochronie, dozorowaniu i monitorowaniu wskazanych budynków, punktów i terenu Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie.*

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, gdyż:

WADLIWE OKREŚLENIE WE WZORZE UMOWY ZASAD DOTYCZĄCYCH ZASAD WPROWADZANIA ZMIAN WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY W PRZYPADKU ZMIAN CEN MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW ZWIĄZANYCH Z REALIZACJĄ ZAMÓWIENIA.

Zgodnie z postanowieniami § 9 ust. 2 - 11 wzoru umowy:

2. *Zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych Strony dopuszczają zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, nie wcześniej niż 1 stycznia roku następującego po pełnych 12 miesiącach od rozpoczęcia świadczenia usługi. Waloryzacja dotyczy wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 8 ust. 1 Umowy.*
3. *Wykonawcy przysługuje prawo do waloryzacji wartości wynagrodzenia w przypadku, gdy wzrost wartości wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wykazany wzrost cen), za rok kalendarzowy poprzedzający rok złożenia wniosku o waloryzację będzie większa niż 11,4 punktów procentowych.*
4. *Uprawnienie, o którym mowa w ust. 2 może być wykorzystane raz w roku kalendarzowym obowiązywania Umowy.*
5. *Warunkiem skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w ust. 2 jest złożenie pisemnego wniosku drugiej stronie. Wraz z wnioskiem Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu szczegółową kalkulację wzrostu kosztów wraz ze stosownymi obliczeniami i uzasadnieniem. Brak przedłożenia przez Wykonawcę szczegółowej kalkulacji kosztów w terminie 30 dni od daty złożenia wniosku o którym mowa w ust. 5 spowoduje pozostawienie wniosku bez rozpatrzenia.*
6. *Dokumenty przedłożone Zamawiającemu przez Wykonawcę stanowią podstawę zmiany wysokości wynagrodzenia, z zastrzeżeniem, że miesięczna kwota zmiany nie może być wyższa niż iloczyn 80 % wzrostu wartości wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedzający rok złożenia wniosku o waloryzację umowy oraz średniej, miesięcznej wartości wynagrodzenia, liczonej za okres dwunastu miesięcy poprzedzających miesiąc złożenia wniosku.*
7. *Zamawiającemu przysługuje prawo do waloryzacji wartości wynagrodzenia w przypadku gdy roczny spadek wartości wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wykazany spadek cen - deflacja), za rok kalendarzowy poprzedzający rok uzyskania uprawnienia będzie większa niż 11,4 punktów procentowych.*

8. Zamawiający może dokonać zmiany miesięcznego wynagrodzenia równej 80% iloczynu wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok kalendarzowy poprzedzający rok uzyskania uprawnienia do waloryzacji stawki oraz średniej miesięcznej wartości wynagrodzenia, liczonej za okres dwunastu miesięcy poprzedzających miesiąc złożenia wniosku.
9. W zakresie realizacji pkt 8, wniosek wraz ze stosownym aneksem Zamawiający prześle na adres Wykonawcy. Wykonawca zobowiązuje się do podpisania aneksu, w terminie 14 dni od jego otrzymania.
10. Zmiana wynagrodzenia obowiązywać będzie od pierwszego dnia miesiąca, w którym złożono wniosek.
11. Łączna wartość zmian wynagrodzenia dokonanych w oparciu o zapisy ust. 2-9 niniejszego paragrafu nie może przekroczyć 10 % wartości wynagrodzenia wskazanego przez Wykonawcę w ofercie.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula waloryzacyjna jest wadliwa, gdyż:

1.1. ze względu na zastrzeżony w niej termin pierwszej waloryzacji nie znajduje zastosowania w umowie przez większość czasu trwania umowy.

1.1.1. Odwołujący podnosi, że dokumentacja postępowania – w tym w szczególności wzór umowy stanowiący Załącznik nr 3 do SWZ – została sporządzona niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, gdyż ostatnie zdanie § 9 ust. 2 i 4 wzoru umowy skutkuje wyłączeniem waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy przez co najmniej połowę okresu trwania umowy. Okres, w którym wyłączona jest ww. waloryzacja wynosi 19 miesięcy podczas, gdy całkowity okres realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi 36 miesięcy.

1.1.2. Postanowienie takie stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do formułowania treści umowy, gdyż powoduje, że art. 439 Ustawy nie znajduje realnego i faktycznego zastosowania w umowie. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy ze względu na ww. ograniczenie czasowe będzie miała co najwyżej wymiar symboliczny. Celem ww. ograniczenia jest więc zapewnienie rzeczywistej niezmienności cen realizacji usługi, który to cel wprost sprzeciwia się ustanowionemu w art. 439 Ustawy obowiązкови aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy. Formułowanie postanowień umownych skutkujących bezskutecznością przepisów Ustawy stanowi czynność prawną sprzeczną z Ustawą i mającą na celu obejście Ustawy. Czynność taka jest czynnością, o której mowa w art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny. Ponadto ww. zachowanie jest niezgodne z art. 353(1) ustawy Kodeks cywilny, gdyż cel ww. klauzula sprzeciwia się zarówno Ustawie jak i zasadom

współzycia społecznego. Zamawiający, na skutek wprowadzonych przez siebie ograniczeń co do okresów waloryzacji utrzyma niezmiennosc cen (wynagrodzenia) wykonawcy przez co najmniej połowę okresu trwania umowy tj. przez 19 z 36 miesięcy realizacji umowy. Tym samym Zamawiający uchylił się od aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy, pomimo, że w czasie trwania postępowania powszechnie wiadomym jest, że sytuacja gospodarcza zarówno w ujęciu krajowym jak i globalnym jest nieprzewidywalna w długim okresie.

1.1.3. Odwołujący wskazuje, że:

a) zgodnie z postanowieniem pkt 4 SWZ:

umowa zostanie zawarta w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie wcześniej niż od dnia 01.06.2024 r. i obowiązywać będzie do wyczerpania kwoty wynagrodzenia umownego nie dłużej jednak niż przez 36 miesięcy od daty obowiązywania umowy.

b) Zgodnie z postanowieniem § 9 ust. 2 i 4 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ:

Zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych Strony dopuszczają zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, nie wcześniej niż 1 stycznia roku następującego po pełnych 12 miesiącach od rozpoczęcia świadczenia usługi. Waloryzacja dotyczy wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w § 8 ust. 1 Umowy.

Uprawnienie, o którym mowa w ust. 2 może być wykorzystane raz w roku kalendarzowym obowiązywania Umowy.

c) Ze względu na ww. postanowienia umowne, waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy została wyłączona w dominującym okresie realizacji umowy tj. w 19 -tu z 36 -ciu miesięcy realizacji zamówienia.

Odwołujący wyjaśnia, że ww. okres 19 – ty miesięcy został obliczony w następujący sposób:

ze względu na zastrzeżenie umowne, że:

umowa ma być realizowana od 01.06.2024 r. o pierwsza waloryzacja jest możliwa nie wcześniej niż 1 stycznia roku następującego po pełnych 12 miesiącach od rozpoczęcia świadczenia usługi

to:

- i. od 01.06.2024 r. do 31.12.2024 r. (7 miesięcy) – wynagrodzenie wykonawcy nie będzie waloryzowane, gdyż nie upłynie 12 miesięcy od rozpoczęcia realizacji usługi;
- ii. od 01.01.2025 r. do 31.12.2025 r. (12 miesięcy) - wynagrodzenie wykonawcy nie będzie waloryzowane, gdyż dopiero po upływie tego okresu nastąpi 1 stycznia a waloryzacja jest możliwa *nie wcześniej niż 1 stycznia roku następującego po pełnych 12 miesiącach od rozpoczęcia świadczenia usługi* ;
- iii. 01.01.2026 r. – pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy. Pierwsza waloryzacja nastąpi po 19 miesiącach realizacji umowy (7 + 12).

1.1.4. Wobec powyższego § 9 ust. 2 i 4 wzoru umowy wyłącza zmianę umowy przez okres istotnie przekraczający pierwsze 6 miesięcy realizacji zamówienia oraz ponad połowę trzyletniego okresu realizacji zamówienia. Wobec powyższego, zawarta w ww. § 9 ust. 2 i 4 klauzula waloryzacyjna jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania treści umowy oraz zmierza do obejścia przepisów prawa. Opisany powyżej sposób formułowania postanowień umownych stanowi obejście prawa, ponieważ *de facto* nie gwarantuje waloryzacji wynagrodzenia na zasadach określonych w art. 439 Ustawy, ale skutkuje całkowitym uwolnieniem Zamawiającego od skutków negatywnych zjawisk gospodarczych (podwyżek cen) przez ponad ½ okresu trwania trzyletniej umowy.

1.1.5. Powyższa klauzula w sposób niedozwolony przerzuca na wykonawcę nieznaną na dzień składania oferty koszty wykonania zamówienia. Postanowienie to godzi w równowagę stron umowy oraz obciąża wykonawcę wszystkimi konsekwencjami zmienionych warunków realizacji umowy, dotyczących bezpośrednich i podstawowych kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący zauważa, że na mocy ww. postanowienia umownego Zamawiający *de facto* uchyła się od obowiązku zmiany umowy spowodowanej okolicznościami, które z pewnością wystąpią, ale których wartości działając z najwyższą starannością, nie można wyliczyć lub przewidzieć. Tego rodzaju działania nie stanowią wykonywania prawa, ale są czynnościami zmierzającymi do jego obejścia tj. do uchylenia obowiązku waloryzacji z art. 439 Ustawy.

1.1.6. Odwołujący podnosi również, że ustalony we wzorze umowy faktyczny zakaz waloryzacji w okresie stanowiącym ponad 50% terminu obowiązywania umowy, jest sprzeczny z celem art. 439 Ustawy. Ustalenie tak długiego terminu oczekiwania na waloryzację

oznacza, że wykonawca samodzielnie finansuje wszelkie zmiany cen w okresie przekraczającym 50% terminu realizacji umowy. Aktualne postanowienia umowne obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zmian kontraktowych przez kolejne 17 miesięcy realizacji umowy. W efekcie powyższego, ceny ofertowe muszą uwzględniać ww. ryzyko i wzrosną nieproporcjonalnie względem rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia.

1.1.7. Przepis art. 439 Ustawy zobowiązuje Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podnosi, że przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia nie można przypisać zachowaniu polegającemu uchylaniu się przez okres 19 – tu miesięcy od skutków zjawisk gospodarczych.

1.1.8. Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by zasady (w tym terminy) aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego.

1.2. waloryzacja jest niemożliwa ze względu na wysokość inflacji warunkującego podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy.

1.2.1. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa pod warunkiem, że *wzrost wartości wskaźnika cen towarów i usług, publikowanego w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wykazany wzrost cen), za rok kalendarzowy poprzedzający rok złożenia wniosku o waloryzację będzie większa niż 11,4 punktów procentowych.*

1.2.2. Zmiana wskaźnika inflacji (GUS) w ujęciu rocznym na poziomie większym 11,4% - jak dotychczas występowała wyłącznie w okresach nadzwyczajnie wysokich wzrostów cen. Tego rodzaju wzrosty nie występowały nigdy w czasie zwykłego (pozbawionego zdarzeń nadzwyczajnych) funkcjonowania gospodarki. Tak ustalony wymóg, co do wzrostu cen powoduje, że uzyskanie waloryzacji jest niemożliwe. Zamawiający uzależnia dokonanie zmiany umowy od wystąpienia zjawisk o charakterze siły wyższej, co jest niezgodne z celem art. 439 Ustawy. Odwołujący zwraca uwagę, że usunięciu skutków oddziaływania siły wyższej na realizację kontraktu służy art. 455 ust. 1 pkt 4 Ustawy, a nie art. 439. Określenie wskaźnika wzrostu cen na poziomie charakterystycznym dla zjawiska nadzwyczajnego i nieprzewidywalnego, jako warunku waloryzacji, służy obejściu przepisów prawa. Warunek taki trzeba uznać za wygórowany, mający wyłącznie na celu przerzucenie na wykonawcę całkowitego ryzyka zmiany cen na rynku. Tego rodzaju

zastrzeżenie jest niezgodne z art. 58 kodeksy cywilnego i nadto jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego. Odwołujący zwraca uwagę na art. 94 ustawy Kodeks cywilny zgodnie, z którym *Warunek niemożliwy, jak również warunek przeciwny ustawie lub zasadom współżycia społecznego pociągga za sobą nieważność czynności prawnej, gdy jest zawieszający; uważa się za niezastrzeżony, gdy jest rozwiązujący.*

1.2.3. Celem art. 439 Ustawy jest ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji. Wymogi co do wysokości wskaźnika inflacji zawarte w klauzuli waloryzacyjnej, ustalone przez Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, ze względu na ich „niewystępowalność” oraz nadzwyczajność, należy uznać za sformułowane sprzecznie z przepisem art. 439 Ustawy i przepisami Kodeksu cywilnego. Klauzula jest sformułowana w taki sposób, że uniemożliwia w praktyce dokonanie jakichkolwiek zmian wynagrodzenia Wykonawcy.

1.2.4. Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący poniżej przedstawia dane historyczne oraz prognozę inflacji, określoną przez Narodowy Bank Polski, dotyczące wskaźnika wybranego przez Zamawiającego - Odwołujący przedstawia roczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1950 r.:

<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja-/roczne-wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych/>

1.2.5. Odwołujący zwraca również uwagę na opublikowaną przez Narodowy Bank Polski listopadową projekcję inflacyjną, obejmującą okres od IV kw. 2023 r. do IV kw. 2025 r.-punktem startowym projekcji jest III kw. Została ona przygotowana przy założeniu niezmienionych stóp procentowych NBP, w tym przy stopie referencyjnej równej 5,75 proc., z uwzględnieniem danych dostępnych do 23 października 2023 r.

Inflacja konsumencka wyniesie - według centralnej ścieżki projekcji - 11,4 proc. w 2023 r., 4,6 proc. w 2024 r. i 3,7 proc. w 2025 r. (wobec odpowiednio: 11,9 proc., 5,2 proc. i 3,6 proc. dla tych lat w projekcji lipcowej).

Powyższa prognoza dowodzi, że na podstawie ww. postanowienia umownego niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek zmiany wynagrodzenia umownego.

1.3. waloryzacja jest w rzeczywistości ze względu na maksymalną wartość dopuszczoną umową, która to wartość ma wymiar nieistotny. oraz który uniemożliwia przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron

- 1.3.1. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa pod warunkiem, że *łącna wartość zmian wynagrodzenia dokonanych w oparciu o zapisy ust. 2-9 niniejszego paragrafu nie może przekroczyć 10 % wartości wynagrodzenia wskazanego przez Wykonawcę w ofercie.*
- 1.3.2. Odwołujący podnosi, że wartość zmiany trzyletniej umowy na poziomie 10% jej wartości jest bardzo niska i zezwala na sumaryczną maksymalną zmianę netto wynagrodzenia kształtującą się na wysokości progu wartościowego, który Prawo zamówień publicznych uważa za zmianę nieistotną. Zmiana wynagrodzenia na poziomie 10%, jest kwalifikowana w Pzp jako nieistotna zmiana umowy. Wobec powyższego skoro zmiana na poziomie 10% jest kwalifikowana jako nieistotna to tym samym dowodzi to, że Zamawiający nie zapewnił w umowie rzeczywistej równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami. Zamawiający zobowiązał się do dokonywania co najwyżej nieistotnej podwyżki wynagrodzenia wykonawcy. Klauzula spełniająca wymogi art. 439 Ustawy wymaga od Zamawiającego stworzenia klauzuli realnie i sprawiedliwie rekompensującej zmiany kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający na mocy ww. klauzuli zdjął z siebie ciężar ponoszenia kosztów ww. zmian a zobowiązał się wyłącznie do ponoszenia kosztów w wysokości uważanej za nieistotne. Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 31 stycznia 2023 r. (sygn. akt: KIO 133/23) *limit waloryzacji wynagrodzenia (...) do 20% to w ocenie Izby poziom (...) rozsądny w świetle zasad doświadczenia życiowego, a także uwzględnia aktualny poziom inflacji i jej możliwy wpływ na koszt realizacji zamówienia.*
- 1.3.3. Odwołujący wskazuje, że tak nisko ustalony maksymalny poziom zmiany wynagrodzenia w żaden sposób nie rekompensuje zmiany kosztów wykonania zamówienia. Poziom ten nie koresponduje z aktualnym wskaźnikiem inflacji, ani z żadnym innym wskaźnikiem, który mógłby potwierdzać, że współfinansowanie zmienionych kosztów wykonania zamówienia na ww. poziomie ma charakter realny i rzeczywisty. Wartość partycypacji Zamawiającego w zmienionych kosztach wykonania zamówienia stanowi około 1/10 wartości brutto umowy. Tak niski maksymalny poziom zaangażowania Zamawiającego w zmienionych kosztach wykonania zamówienia stanowi dowód na zachwianie równowagi ekonomicznej pomiędzy Stronami umowy.
- 1.3.4. Odwołujący podkreśla, że na mocy ww. postanowienia umownego Zamawiający zobowiązał się do dokonywania co najwyżej nieistotnej podwyżki wynagrodzenia wykonawcy. Klauzula spełniająca wymogi art. 439 Ustawy wymaga od Zamawiającego stworzenia klauzuli realnie i sprawiedliwie rekompensującej zmiany kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający na mocy ww. klauzuli zdjął z siebie ciężar ponoszenia kosztów

ww. zmian a zobowiązał się wyłącznie do ponoszenia kosztów w wysokości uważanej za nieistotne.

- 1.3.5. Odwołujący zwraca również uwagę, że nie istnieje uzasadnienie ekonomiczne potwierdzające, że dopuszczenie zmian wynagrodzenia w wysokości nieprzekraczającej przez pełne trzy lata 10% w sposób należyty rozkłada ryzyka umowne i stanowi wykonanie przepisu art. 439 ust. 1 Ustawy.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.