

Wrocław, dnia 15 grudnia 2023 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: 727 003 567

adres poczty elektronicznej: k.stefanska@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Kamila Stefańska - Pełnomocnik

Zamawiający:

Województwo Pomorskie

ul. Okopowa 21/27, 80-810 Gdańsk

NIP: 5833163786; REGON: 191674836

tel.: +48 58 326 87 35

e-mail: zamowienia@pomorskie.eu

adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:

<https://platformazakupowa.pl/pn/pomorskie>

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 poz. 1605 z dnia 2023.08.14 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Świadczenie usług sprzątnięcia pomieszczeń w budynkach Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego*.(znak postępowania: DAZ-Z.272.86.2023).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 236 - 00742724 z dnia 07.12.2023 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Świadczenie usług sprzątnięcia pomieszczeń w budynkach Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego*. Numer referencyjny: DAZ-Z.272.86.2023 .

II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz związane 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) wadliwe określenie we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
 - i
 - b) 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 podczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać.
- 2) art. 436 pkt 4 lit. b w zw. z art. 16 i 17 Ustawy oraz w zw. z art. art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie we wzorze umowy wadliwych zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) zmianę § 10 pkt 2 wzoru umowy polegająca na modyfikacji ww. postanowienia w sposób, który spowoduje jego zgodność z Ustawą tj. nadanie § 10 pkt 2 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SWZ) na przykład następującej treści:

Wynagrodzenie brutto o którym mowa w § 9 ust. 2 umowy ulegnie waloryzacji, jeżeli Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w ujęciu kwartalnym, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy z Wykonawcą lub podpisania ostatniego aneksu dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia na podstawie niniejszego punktu, wzrośnie o co najmniej 1%.

- 2) zmianę § 8 ust. 1 pkt 6 i ust. 2 pkt 7 wzoru umowy polegająca na modyfikacji ww. postanowień w sposób, który spowoduje jego zgodność z Ustawą tj. nadanie § 8 wzoru umowy ust. 1 pkt 6 i ust. 2 pkt 7 (Załącznik nr 2 do SWZ) na przykład następującej treści:

1. Stosownie do treści art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp, Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku wystąpienia jednej z następujących okoliczności:

- 1) zmiany stawki podatku od towarów i usług,*
- 2) zmiany 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,*

- 3) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- 4) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. poz. 2215 oraz z 2019r. poz. 1074 i 1572)

- na zasadach i w sposób określony w ust. 3 – 14 niniejszego paragrafu, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania Umowy przez Wykonawcę.

2. Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zaistnienia przesłanki, o której mowa w ust. 1 pkt 1) niniejszego paragrafu, będzie odnosić się wyłącznie do części przedmiotu Umowy zrealizowanej, zgodnie z terminami ustalonymi Umową, po dniu wejścia w życie przepisów zmieniających stawkę podatku od towarów i usług oraz wyłącznie do części przedmiotu Umowy, do której zastosowanie znajdzie zmiana stawki podatku od towarów i usług.
3. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 1) niniejszego paragrafu, wartość wynagrodzenia netto nie zmieni się, a wartość wynagrodzenia brutto zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.
4. Zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku zaistnienia przesłanki, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3 niniejszego paragrafu, będzie obejmować wyłącznie część wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w odniesieniu do której nastąpiła zmiana wysokości kosztów wykonania Umowy przez Wykonawcę w związku z wejściem w życie przepisów odpowiednio zmieniających wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę/minimalnej stawki godzinowej lub dokonujących zmian w zakresie zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub w zakresie wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.
5. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 2) niniejszego paragrafu, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o kwotę odpowiadającą wzrostowi kosztu Wykonawcy w związku ze zwiększeniem wysokości wynagrodzeń pracowników świadczących usługi do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę/ minimalnej stawki godzinowej, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia/minimalnej stawki godzinowej. Kwota odpowiadająca wzrostowi kosztu Wykonawcy będzie odnosić się wyłącznie do części wynagrodzenia pracowników świadczących usługi, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, odpowiadającej zakresowi, w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy.
6. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 3) niniejszego paragrafu, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o kwotę odpowiadającą zmianie kosztu Wykonawcy ponoszonego w związku z wypłatą wynagrodzenia pracownikom świadczącym usługi. Kwota odpowiadająca zmianie kosztu Wykonawcy będzie odnosić się wyłącznie do części wynagrodzenia pracowników świadczących usługi, o których mowa w zdaniu

poprzedzającym, odpowiadającej zakresowi, w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy.

- 7. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt 4) niniejszego paragrafu, odpowiednia zmiana wynagrodzenia uwzględnia sumę wzrostu kosztów realizacji przedmiotu Umowy wynikającą z wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018r. o pracowniczych planach kapitałowych.*
- 8. W celu zawarcia aneksu, o którym mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, każda ze Stron może wystąpić do drugiej Strony z wnioskiem o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, wraz z uzasadnieniem zawierającym w szczególności szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką wynagrodzenie Wykonawcy powinno ulec zmianie, oraz wskazaniem daty, od której nastąpiła bądź nastąpi zmiana wysokości kosztów wykonania Umowy uzasadniająca zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy.*

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy i przepisów Kodeksu cywilnego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego uzyskania realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu ewentualnej realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.12.2023 roku. Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych pięćset 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.: *Świadczenie usług sprzątania pomieszczeń w budynkach Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego.*

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą oraz przepisami ustawy Kodeks cywilny.

Uzasadnienie zarzutów podniesionych powyżej w odwołaniu.

I. ZMIANA WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY W PRZYPADKU ZMIAN CEN MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW ZWIĄZANYCH Z REALIZACJĄ ZAMÓWIENIA.

1. Zgodnie z § 10 pkt 2 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SWZ):

Wynagrodzenie brutto o którym mowa w § 9 ust. 2 umowy ulegnie waloryzacji, jeżeli Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w ujęciu kwartalnym, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy z Wykonawcą lub podpisania ostatecznego aneksu dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia na podstawie niniejszego punktu, wzrośnie o co najmniej 8%.

2. Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie jest niezgodne z Ustawą oraz Kodeksem cywilnym, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.
3. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa pod warunkiem, że *Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w ujęciu kwartalnym, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, (...), wzrośnie o co najmniej 8%.*
4. Zmiana wskaźnika inflacji w ujęciu kwartalnym na poziomie przekraczającym 8% jak dotychczas nie występowała. Tak wysoka zmiana ww. wskaźnika nie występowała nawet w okresie nadzwyczajnie wysokiego wzrostu ww. wskaźnika tj. w 2022 r., czy chociażby w okresie pandemii covid-19. Ponadto tego rodzaju wzrosty nie występowały nigdy w czasie zwykłego (pozbawionego zdarzeń nadzwyczajnych) funkcjonowania gospodarki. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że Zamawiający uzależnia dokonanie zmiany umowy od wystąpienia zjawisk o charakterze siły wyższej, co jest niezgodne z celem art. 439 Ustawy. Określenie wskaźnika wzrostu cen na poziomie charakterystycznym dla zjawiska nadzwyczajnego i nieprzewidywalnego jako warunku waloryzacji służy obejściu przepisów prawa. Warunek ten jest wygórowany i jego wyłącznym celem jest przerzucenie na wykonawcę całkowitego ryzyka zmiany cen na rynku.

Celem art. 439 Ustawy jest ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji. Tym samym poziom wzrostu ustalony w ww. klauzuli, w ocenie Odwołującego, ze względu na ową „niewystępowalność” oraz nadzwyczajność, powoduje, że ww. klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 pzp i przepisami Kodeksu cywilnego. Tak ustalony wymóg co do wzrostu cen powoduje, że uzyskanie waloryzacji jest niemożliwe. Klauzula zawiera więc warunek niemożliwy do spełnienia. 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 pociąga za sobą nieważność czynności prawnej, gdy jest zawieszający; uważa się za niezastrzeżony, gdy jest rozwiązujący*. Wobec powyższego umowa w ogóle nie zawiera wymaganej w art. 439 Ustawy klauzuli waloryzacyjnej.

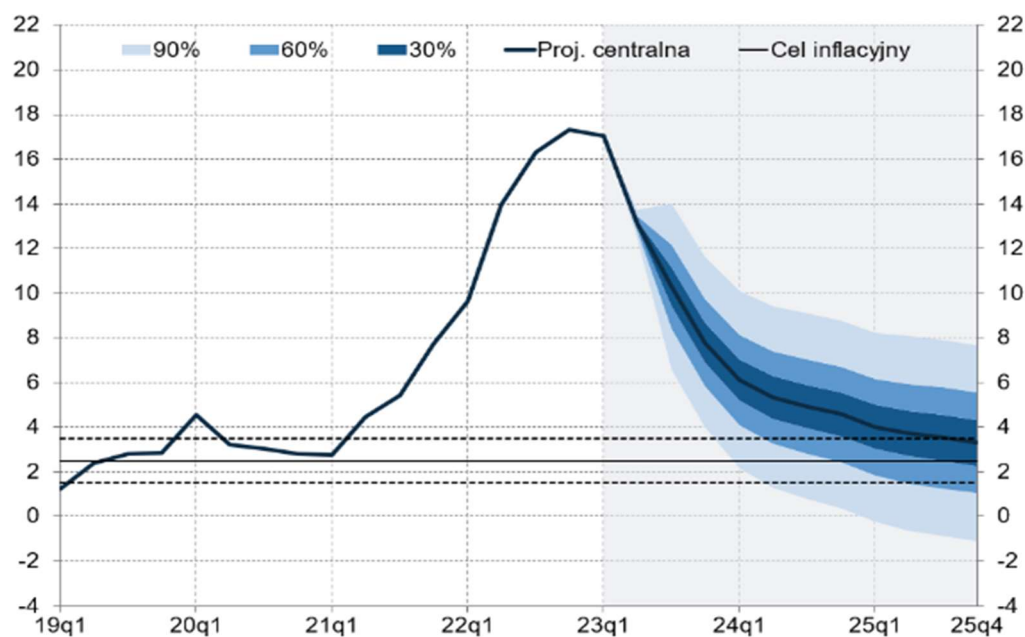
5. Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący poniżej przedstawia dane historyczne oraz prognozę inflacji określoną przez NBP dotyczące wskaźnika wybranego przez Zamawiającego. W poniższych informacji wynika, że zmiana ww. wskaźnika na poziomie 8% nie występowała w przeszłości i nie jest przewidywane, aby wystąpiła w okresie przewidywanego w SWZ terminu realizacji zamówienia.

Wskaźniki GUS w ostatnich latach:

Nazwa zmiennej	Jednostka terytorialna	Sposób prezentacji	Rok	Kwartał	Wartość
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2023	II kwartał	101,9
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2023	I kwartał	104,3
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2022	IV kwartał	103,6
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2022	III kwartał	103,1
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2022	II kwartał	105,8
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2022	I kwartał	103,8
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2021	IV kwartał	102,6
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2021	III kwartał	101,0

Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2021	II kwartał	101,9
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2021	I kwartał	102,1
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2020	IV kwartał	100,4
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2020	III kwartał	100,1
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2020	II kwartał	100,3
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2020	I kwartał	102,0
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2019	IV kwartał	100,6
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2019	III kwartał	100,3
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2019	II kwartał	101,7
Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych	Polska	Okres poprzedni = 100	2019	I kwartał	100,2

Projekcja inflacji NBP:



Inflacja CPI r/r (%)

II. ZMIANA WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY W PRZYPADKU ZMIANY PRZEPISÓW PRAWA WSKAZANYCH W ART. 436 PKT 4 LIT. B PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Postanowienia przedmiotowej SWZ nie zawierają postanowień realizujących w sposób pełny dyspozycję przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Treść SWZ:
 - 1) zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawca jest nieobowiązkowa – uzależniona od zgodnej woli Zamawiającego
 - 2) nie zawiera postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy;
 - 3) zmiana wynagrodzenia wykonawcy jest dopuszczalna wyłącznie pod warunkiem, *wystąpienia zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa w trakcie realizacji umowy, których Zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć*, podczas, gdy zgodnie z Ustawą stosowanie przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nie jest uzależnione od ww. warunku.
2. Przepis art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nakazuje obowiązek waloryzacji wynagrodzenia, a nie uprawnienie dla stron, które ma charakter uznaniowy. W rezultacie Zamawiający nie może określać zasad waloryzacji w sposób fakultatywny przez stosowanie zwrotów typu „wynagrodzenie może być waloryzowane”, „waloryzacja może nastąpić”, „zmiana jest dopuszczalna” lub równoważnych. Tymczasem zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 6 i ust. 2 pkt 7 wzoru umowy zmiana wynagrodzenia wykonawcy nie jest obligatoryjna ale *dopuszczalna*.

Odwołujący zwraca uwagę na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dnia 16 marca 2015 r.; KIO 413/15, cyt. *„Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjęć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestie waloryzacji wynagrodzenia na tyle, żeby toku realizacji umowy strony nie toczyły sporów w tym zakresie, bądź dopiero wówczas rzeczywiście ustalały stosowne zasady.”* dalej *„umowę w sprawie zamówienia publicznego zawierana po dniu 19 października 2014 r. powinien cechować pewien automatyzm rozumiany ten sposób, że o ile zaistnieje jedna okoliczności art. 142 ust. pkt 1-3 Pzp, to uruchomiona zostanie przewidziana kontrakcie procedura waloryzacji wynagrodzenia, która przebiegać będzie według określonych w niej zasad”*. Tym samym poprzestanie na określeniu w treści SIWZ, że Zamawiający przewiduje „możliwość”, czy też „dopuszcza” wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy przypadkach opisanych art. art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nie jest wystarczające dla wypełnienia obowiązku wynikającego treści ww. przepisu. Wprowadzenie powyższego przepisu do Ustawy miało na celu przeciwdziałanie negatywnym następstwo wzrostu po stronie wykonawców kosztów realizacji zamówień udzielonych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wynikających ze zmian przepisów prawa (tak również KIO Wyroku dnia 16 marca 2015 r., KIO 413/15).

3. Odwołujący podnosi również , że art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie *„zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy”*. Tym samym Zamawiający jest zobligowany określić w umowie reguły według, których dokonywana będzie zmiana waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający nie zawarł w SWZ regulacji dot. rzeczonych reguł (zasad) wprowadzania zmian w zakresie odpowiadającym treści ww. przepisu Ustawy a poprzestał jedynie na oświadczeniu, że

wynagrodzenie wykonawcy *ulegnie odpowiednio zmianom*. Treść wzoru umowy nie określa w jaki sposób należy rozumieć ww. zwrot *odpowiednio* i nie zawiera żadnych regulacji określających mechanizm waloryzacji. We wzorze umowy nie zostały sprecyzowane zasady na podstawie, których wynagrodzenie wykonawcy *zostanie odpowiednio zmienione*.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza również, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, - w świetle art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy - negocjacje. Negocjacje nie spełniają wymogów Ustawy, gdyż dopiero po ich zakończeniu, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie samodzielnie sfinansować w związku z realizacją zamówienia.

W związku z powyższym, wzór umowy wbrew wykładni art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy oraz sprzecznie z jego celem, nie zawiera jednoznacznej informacji, że:

- a) wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie obowiązkowo i automatycznie - zmiana, zgodnie z postanowieniami umowy, jest dopuszczalne a nie obligatoryjna jak obligeuje ustawa;
- b) zmiana wynagrodzenia będzie pokrywała pełną kwotę wzrostu obciążeń publicznoprawnych spowodowaną zmianą przepisów prawa wskazanych w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy.

Odwołujący zwraca również uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2014 r. (sygn. akt: II CSK 773/13) „*z samej konstrukcji klauzuli waloryzacyjnej, która ma działać automatycznie, a więc bez konieczności składania w tym zakresie dodatkowych oświadczeń woli stron, wynika że musi ona być na tyle skonkretyzowana, aby na jej podstawie można było ustalić okoliczności uzasadniające jej zastosowanie oraz mechanizm waloryzacji.*” Klauzula waloryzacyjna ustalona w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne skonstruowana została niezgodnie z przywołaną przez Sąd Najwyższy zasadą automatyzmu. Klauzula zawarta we wzorze umowy jest nieskonkretyzowana a w konsekwencji nie gwarantuje przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia o udzielenie zamówienia publicznego oraz realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu nie znają wszystkich reguł, które będą stosowane w czasie realizacji zamówienia, w tym w szczególności pozbawieni zostali możliwości prawidłowego ustalenia kosztów związanych z należyтым i bezpiecznym spełnieniem zobowiązania umownego.

4. Odwołujący zwraca również uwagę, że zastosowanie klauzuli z art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, zgodnie z treścią wzoru umowy jest uzależnione od *wystąpienia zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa w trakcie realizacji umowy, których Zamawiający działając z należyтą starannością nie mógł przewidzieć*. Uzależnienie stosowania klauzuli z 436 pkt 4 lit. b) Ustawy od ww. warunku określonego we wzorze umowy nie jest uzasadnione, ani dozwolone treścią ww. przepisu.

Przesłanki i podstawy waloryzacyjne są katalogiem zamkniętym. Katalog ten nie może być ograniczony z woli Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany stosować wprost podstawy

i przesłanki waloryzacyjne opisane w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Wobec powyższego, Odwołujący podnosi, że umowne wyłączenie ustawowych przesłanek waloryzacyjnych jest sprzeczne z art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. W ocenie Odwołującego zmiana wynagrodzenia powinna następować zawsze w przypadku zmiany przepisów wskazanych w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy a nie wyłącznie w przypadku, gdy *Zamawiający działając z należytą starannością nie mógł* (taką zmianę) przewidzieć.

Ustawa Prawo zamówień publicznych, nie zawiera przepisów umożliwiających zwolnienie Zamawiającego od stosowania art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Ograniczanie stosowania przywołanego przepisu w drodze oświadczenia stron nie jest dozwolone z uwagi na okoliczność, że przepis ten jest przepisem *ius cogens*.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.