

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2026 r.

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

Odwołujący:

Optima Care Sp. z o. o.
ul. Marsa 56a
04-242 Warszawa
KRS: 0000571661, NIP: 8971812331
e-doręczenia: PL-55757-52036-JGRAS-21
numer telefonu: 510 011 545
adres poczty elektronicznej: a.walkowicz@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Artur Walkowicz

Zamawiający:

Szpital Miejski Specjalistyczny
im. Gabriela Narutowicza w Krakowie
ul. Prądnicka 35 – 37; 31-202 Kraków
Tel.: 12 25 78 291;
e-mail: zamowienia@narutowicz.krakow.pl
adres strony internetowej: www.narutowicz.krakow.pl
adres strony internetowej prowadzonego postępowania: <https://e-propublico.pl/>
adres strony internetowej, na której udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne
dokumenty zamówienia: <https://e-propublico.pl/>, www.narutowicz.krakow.pl

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. 2024 poz. 1320 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu Miejskim Specjalistycznym im. Gabriela Narutowicza w Krakowie* (znak postępowania: ZP/32/2026) tj. na:

- 1) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób w sposób niejednoznaczny oraz za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i bez uwzględnienie wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj.: opis wymogów środków lub parametrów wymaganych do realizacji zamówienia zawierający wymagania co do tych środków niemożliwe do spełnienia w myśl aktualnej wiedzy z zakresu biologii, chemii i biochemii oraz norm stosowanych dla tychże środków a także ich dostępności na rynku.
- 2) wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen

materiałów lub kosztów – sformułowanie warunków i zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sposób, który zawsze skutkuje obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 147/2026 pod numerem 534357 – 2026 z dnia 03.08.2026 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu Miejskim Specjalistycznym im. Gabriela Narutowicza w Krakowie*

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. 99, art. 8, art. 431 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez zobowiązanie wykonawców – w tym Odwołującego – do realizacji usługi przy użyciu środków, lub preparatów, które aktualnie nie istnieją w naturze, nie są oferowane na rynku i nie są oferowane przez producentów skutkiem czego ww. wymóg jest nadmierny, przekracza swobodę umów i nie jest uzasadniony przepisami prawa i faktycznymi warunkami realizacji zamówienia oraz nie uwzględnia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 2) art. 439 Ustawy w zw. z 353¹ i art. 5 oraz art. 58 ustawy Kodeks cywilny (Dz.U. 1964.16.94) – *dalej kc* i art. 16 i 17 Ustawy poprzez:
 - a) wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów;
 - 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.

ewentualnie – na wypadek, gdyby do otwarcia ofert doszło przez rozstrzygnięciem niniejszego postępowania odwoławczego

- 3) art. 255 pkt 6 art. 16, art. 17 Ustawy, poprzez otwarcie ofert i prowadzenie postępowania pomimo, że dokumenty zamówienia są niezgodne z Ustawą skutkiem czego postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia, która będzie skutkowała doprowadzeniem dokumentów zamówienia do zgodności z Ustawą tj. zmianę treści SWZ i ogłoszenia poprzez np. :

1) w zakresie zarzutu nr 1):

zmianę dokumentów zamówienia. Szczegółowy opis zmian żądanych przez Odwołującego został opisany w treści uzasadnienia.

2) w zakresie zarzutu 2) :

usunięcie z treści SWZ, wartości 10% wskazanej w zastrzeżeniu:

*wynagrodzenie Wykonawcy może zostać zmienione poprzez zmianę cen jednostkowych, w oparciu o wskaźnik wyliczony w następujący sposób: kwartalny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (w stosunku do analogicznego okresu przypadającego na okres złożenia oferty, a w przypadku kolejnej waloryzacji do analogicznego okresu przypadającego na okres poprzedniej waloryzacji) ogłoszony przez Prezesa GUS za ostatni okres poprzedzający dzień złożenia wniosku przez Wykonawcę, który to wskaźnik (określony procentowo) zostanie pomniejszony o **10%**;*

i zastąpienia ww. wartości wartością równą lub niższą 0,5%.

w zakresie zarzutu ewentualnego

3) unieważnienie postępowania.

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 tym samym 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 czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, 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 03.08.2026 roku opublikował zmianę treści SWZ. Treść zmiany została zaskarżona niniejszym odwołaniem 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.: *Świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu Miejskim Specjalistycznym im. Gabriela Narutowicza w Krakowie.*

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

1. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA – WŁAŚCIWOŚCI ŚRODKÓW I PREPARATÓW WYMAGANYCH W ZAMÓWIENIU

1.1. Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ *Plan Higieny Utrzymania Czystości* wymaga: „przeprowadzania dezynsekcji pomieszczeń przez zamgławianie (fumigację) w zakresie świerzbu. Technologia ma być bezpieczna dla monitorów LCD, urządzeń elektrycznych.” w części „białej”, „zielonej”, „szarej” i „szarej biurowej”.

Zgodnie z rozeznanem na rynku przeprowadzonym przez Odwołującego obecnie nie jest dostępny preparat spełniający łącznie wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego, tj. preparat przeznaczony do dezynsekcji metodą zamgławiania (fumigacji), wykazujący skuteczność wobec świerzbowca, posiadający możliwość stosowania w obiektach ochrony zdrowia, w tym w salach chorych i salach operacyjnych, oraz bezpieczny dla monitorów LCD i urządzeń elektrycznych.

Do niedawna na rynku dostępny był preparat umożliwiający realizację wskazanego wymagania, jednak zgodnie z informacją uzyskaną od producenta jego rejestracja biobójcza utraciła ważność. Obecnie producent oczekuje na jej wznowienie, a preparat nie jest dostępny w sprzedaży. Żaden z Wykonawców nie będzie w stanie spełnić zapisu SWZ i zapewnić preparatu o porównywalnych właściwościach i zakresie zastosowania.

1.2. Odwołujący podnosi, że spełnienie wszystkich ww. wymogów jest niemożliwe, gdyż aktualnie nie istnieje na rynku środek spełniający takie wymagania i parametry. Środek dotychczas spełniający ww. wymagania został wycofany z obrotu i nie jest dostępny na rynku.

Wobec powyższego, żaden z Wykonawców – w tym Odwołujący – nie jest w stanie zapewnić ww. środka wymaganego w SWZ zgodnego z warunkami zamówienia.

1.3. Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, w tym postawił wymogi realizacji zamówienia, które są niemożliwe do realizacji z powodów wywołanych obiektywnymi przeszkodami o charakterze faktycznym. Zamawiający

wymaga realizacji zamówienia środkami, które w ogóle nie występują na rynku. Zamawiający oczekuje więc świadczenia niemożliwego do realizacji. Postawienie tego rodzaju wymogów jest zaś niezgodne z art. 99 Ustawy oraz z przepisami kodeksu cywilnego zwłaszcza w zakresie dotyczącym swobody umów. Strony umawiają się bowiem o świadczenie niemożliwe.

- 1.4. Odwołujący zwraca również uwagę, że ww. wymogi Zamawiającego co do realizacji zamówienia, powodują, że w postępowaniu nie ma możliwości złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu i zgodne z warunkami zamówienia. Brak możliwości złożenia prawidłowej i niepodlegającej odrzuceniu oferty jest bezpośrednio spowodowany wadami SWZ i jest niezgodny z Ustawą, gdyż ww. wady uniemożliwią zarówno złożenie prawidłowych ofert jak i wyłonienie oferty najkorzystniejszej. Przywołanej powyżej wymogi są wymogami nadmiernymi, przekraczającymi swobodę umów i nie są uzasadnione przepisami prawa oraz faktycznymi warunkami realizacji zamówienia a przede wszystkim nie uwzględniają wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ i mających na sporządzenie oferty.

ŻĄDANIE

Odwołujący wnosi o zmianę SWZ polegającą na zmianie SWZ polegającą na dopuszczeniu w zamówieniu jednego lub obu ww. środków zamiennych:

- a) środek owadobójczy w formie koncentratu stężonej emulsji do rozcieńczania wodą do opryskiwania lub mieszaniny z olejem do aerozolowania - zamgławiania. Środek o działaniu kontaktowym i żołądkowym przeznaczony do zwalczania owadów latających i pełzających w higienie sanitarnej. Może być stosowany w pomieszczeniach mieszkalnych, użyteczności publicznej, biurowych, a także w szpitalach (z wyjątkiem sal chorych).
- b) produkt owadobójczy w formie koncentratu stężonej zawiesiny do rozcieńczania wodą o działaniu kontaktowym i żołądkowym przeznaczonym do zwalczania owadów latających i biegających na powierzchniach porowatych i gładkich. Może być stosowany w pomieszczeniach mieszkalnych, użyteczności publicznej, biurowych, a także w szpitalach (z wyjątkiem sal chorych).

W przypadku gdy Zamawiający nie wyrazi zgody na jeden z ww. zaproponowanych preparatów, prosimy o podanie nazwy środka, którego Zamawiający oczekuje w ww. punkcie SWZ.

2. Wadliwe określenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz nadużycie prawa i naruszenie swobody kontraktowania przez Zamawiającego przy formułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 Ustawy.

2.1. Zgodnie z § 16 wzoru umowy:

W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, rozumianej jako wzrost odpowiednio łącznych cen i kosztów, jak i ich obniżenie o więcej niż 10% względem łącznych cen i kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie Wykonawcy, wynagrodzenie Wykonawcy może ulec zmianie – zgodnie z poniższymi zasadami, o ile zmiany te będą miały wpływ na koszt wykonywania zamówienia przez Wykonawcę (art. 439 ustawy Pzp):

(...)

d) wynagrodzenie Wykonawcy może zostać zmienione poprzez zmianę cen jednostkowych, w oparciu o wskaźnik wyliczony w następujący sposób: kwartalny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (w stosunku do analogicznego okresu przypadającego na okres złożenia oferty, a w przypadku kolejnej waloryzacji do analogicznego okresu przypadającego na okres poprzedniej waloryzacji) ogłoszony przez Prezesa GUS za ostatni okres poprzedzający dzień złożenia wniosku przez Wykonawcę, który to wskaźnik (określony procentowo) zostanie pomniejszony o 10%;

(...).

2.2. Odwołujący podnosi, że powyższe postanowienie umowne naruszają ww. przepisy pzp i kc, gdyż:

- a) skutkują obniżeniem wynagrodzenia wykonawcy zamiast jego wzrostu;
- b) uwalniają Zamawiającego od rzeczywistej partycypacji w zmienionych kosztach wykonania zamówienia;

W uzasadnieniu stanowiska wyrażone w pkt 2.2. ppkt a) i b) Odwołujący wskazuje, że:

Zastosowanie wzoru z § 16 lit. d) zawsze skutkuje obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Obniżenie wynagrodzenia wykonawcy w wyniku zastosowania ww. wzoru następuje zawsze i jest niezależnie od podstawionej do ww. wzoru wartości wskaźnika inflacji, czy liczby miesięcy, która upłynęła od ostatniej waloryzacji.

Tytułem przykładu Odwołujący przedstawia wyliczenie przeprowadzone przy zastosowaniu ww. wzoru znajdującego się w postanowieniu umownym.

W wyniku zastosowania ww. wzoru przykładowe wynagrodzenie w wysokości 100 000 zł. netto miesięcznie, przy zastosowaniu aktualnego kwartalnego wskaźnika inflacji i wskazanej w ww. zastrzeżeniu wartości korygującej 10% wynagrodzenie wykonawcy obniży się do 92 900 zł..

Sprawdzenie matematyczne wyniku ww. wyliczenia:

Kwartalny wskaźnik inflacji za drugi kwartał 2026 r. w stosunku do drugiego kwartału 2025 r = 2,9 %¹

Zgodnie z ww. postanowieniem umownym:

$$2,9\% - 10\% = -7,1$$

$$- 7,1 \times 100.00 = - 7100 \text{ zł.}$$

$$\text{Wynagrodzenie wykonawcy po waloryzacji } 100\,000 \text{ zł.} - 7100 \text{ zł} = 92\,900 \text{ zł.}$$

Wniosek – pomimo wzrostu cen kosztów wykonania zamówienia wymaganego w § 16 lit. a wzoru umowy, wynagrodzenie wykonawcy zostanie obniżone. Mając na względzie, że kwortalne wskaźniki inflacji w żadnym z ujęć nie przekraczały nigdy 10%, to zastosowanie wzoru wymaganego w umowie zawsze będzie skutkowało obniżeniem wynagrodzenia

¹ <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja-/kwartalne-wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-od-1995-roku/>

wykonawcy pomimo realnej podwyżki kosztów wykonania zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że ww. sposób waloryzacji jest nadużyciem prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i skutkuje pokrzywdzeniem wykonawcy. Wzór wybrany przez Zamawiającego skutkuje obniżeniem wynagrodzenia wykonawcy, mimo, że obniżenie to nie jest usprawiedliwione czynnikami ekonomicznymi takimi jak np. spadek inflacji. Wykonawca w wyniku zastosowania ww. wzoru jest zmuszony zawsze obniżyć swoje wynagrodzenie. Tego rodzaju sposób zmiany wynagrodzenia wykonawcy jest sprzeczny z celem art. 439 Ustawy, nie stanowi wykonywania pzp a nadto jest sprzeczny z zasadą swobody kontraktowania, zasadą czynienia ze swojego prawa użytku zgodnego z jego przeznaczeniem a ostatecznie świadczy o nieważności ww. postanowień jako służących obejściu prawa.

Na skutek zastawania ww. wzoru Zamawiający zostaje zwolniony z obowiązku podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy a ponadto zawsze skutkują obniżeniem wynagrodzenia wykonawcy.

Uwagi wymaga również, że Zamawiający w wyniku ww. waloryzacji zawsze uzyskuje korzyść finansową kosztem wykonawcy. Zamówienie w wyniku ww. waloryzacji zawsze będzie realizowane za ułamek jego pierwotnej wartości ofertowej, w tym także w przypadku, gdyż podwyższeniu ulegnie wskaźnik inflacji a więc pogorszą się warunki gospodarcze, w których będzie realizowana usługa. Wykonawca na skutek ww. postanowień umownych nie tylko poniesie zwiększony koszt wykonania zamówienia, ale dodatkowo będzie finansował koszty, które zgodnie ze złożoną ofertą powinien finansować wykonawcy. Innymi słowy – na mocy ww. postanowień waloryzacyjnych wykonawca jest zmuszony zrezygnować z części przysługującego mu wynagrodzenia ofertowego a nadto sfinansować zwiększone koszty wykonania zamówienia. Tego rodzaju klauzula stanowi zaprzeczenie klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 439 Ustawy.

- 2.3. Wprowadzenie przez Zamawiającego w § 16 lit. d) wzoru umowy, wartości korygującej 10% jest niezgodne z ustawą oraz pzp, gdyż wynagrodzenie wykonawcy zawsze – nawet w przypadku wzrostu realnych kosztów wykonania zamówienia powyżej 10% a także wzrostu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych - ulega obniżeniu.

Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają *ratio legis* wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 i 2 pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca lwią część ryzyka na wykonawców. Odwołujący podkreśla, że w przedmiotowym zamówieniu to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy, w tym ryzyka zmiany kosztów jej realizacji. Zamawiający nie ponosi natomiast żadnego ryzyka w ww. zakresie, gdyż zawierając umowę niejako gwarantuje sobie w kolejnych latach stawki świadczenia usług po cenach bez uwzględnienia ryzyka zmian oraz inflacji, czy innych wahań na rynku, który jest bardzo podatny na wszelkie zmiany w światowej gospodarce. Odwołujący podkreśla, że ww. gwarancja ceny jest zabezpieczona umownie przez Zamawiającego, gdyż złożenia przez wykonawcę wniosku waloryzacyjnego na warunkach zaproponowanych we wzorze umowy, zawsze spowoduje obniżkę wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący, ale i każdy rozsądnie działający wykonawca, nie jest zainteresowany obniżką wynagrodzenia

Jak wskazano w Komentarzu do Pzp autorstwa pracowników Urzędu Zamówień Publicznych, w „art. 439 ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 6 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych, będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia”.

Naczelną zasadą przy budowaniu klauzul waloryzacyjnych powinno być uczciwe uprzedzenie Wykonawców już w treści umowy, o zamiarze waloryzacji wartości świadczenia i wskazanie już przy jej negocjowaniu – według jakich kryteriów będzie to następowało. Zamawiający winien stworzyć taki mechanizm, który obu stronom da pewność, co do czynników, które mogą mieć wpływ na zmianę wartości świadczenia i które dzięki temu nie będą zarzewiem sporu. W dzisiejszych realiach poziom inflacji zmienia się bardzo dynamicznie i osiąga rekordowe wielkości, jeśli chodzi o wzrost cen, co sprawia, iż gwarancja rentowności kontraktu zależy w dużej mierze od jasno określonych warunków waloryzacji wynagrodzenia. Potencjalny wykonawca pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia przy tak szybko galopującym wzroście cen mógłby bowiem ponieść stratę, pomimo rzetelnej kalkulacji cen w momencie składania oferty.

Odwołujący zaznacza, że swoboda kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne ulega ograniczeniom wynikającym z Ustawy. Jednakże „*Ustawowe ograniczenie zasady swobody umów należy wiązać z przepisami ustawowymi o charakterze bezwzględnie obowiązującym (ius cogens)*”². Takim przepisem jest art. 439 Pzp, gdyż Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wprowadzenia do umowy postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w przypadku umowy zawartej na okres dłuższy, niż 6 miesięcy oraz dokonania waloryzacji wynagrodzenia. A co za tym idzie, postanowienia kształtujące zobowiązania umowne w sposób sprzeczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 pzp nie powinny mieć racji bytu.

Opisane powyżej działania Zamawiającego przeczą także zasadzie współdziałania Zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia publicznego, jaką wprowadzono do pzp na mocy art. 431 pzp. Podstawowym obowiązkiem umownym Zamawiającego w przypadku przedmiotowego zamówienia jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane usługi.

Jak wskazuje Z. Gordon „Dla określenia zakresu podmiotowego obowiązku współdziałania nie bez

² Kodeks cywilny, Tom I. Komentarz art. 1-449¹⁰, pod. red K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2015;

znaczenia jest też okoliczność, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter umowy wzajemnej. Wykonawca występuje zatem nie tylko w roli dłużnika, ale także - przynajmniej w zakresie zapłaty należnego mu wynagrodzenia - w roli wierzyciela. W konsekwencji ma on również obowiązek współdziałania z zamawiającym, i to nie tylko jako dłużnik, ale też jako wierzyciel"³. Ponadto za poglądem wyrażonym w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych wskazać należy, że „W doktrynie prawa cywilnego wypracowanej na gruncie art. 354 § 2 Kc podkreśla się, że obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie”. Minimum tej lojalności to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków. Zasada lojalności dotyczy powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym.” A co za tym idzie, jeżeli podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania zamówienia publicznego, to Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą w sposób lojalny (tj. nie mający na celu wykorzystania silniejszej pozycji Zamawiającego w stosunku zobowiązaniowym) oraz w sposób zmierzający do zapłaty wynagrodzenia w wysokości, która jest ekwiwalentna do przedmiotu zamówienia i pozwoli na pokrycie niezbędnych kosztów, związanych z realizacją usługi. W przypadku natomiast przedmiotowego zamówienia, Zamawiający przerzucił wszelkie ryzyka, związane z realizacją zamówienia na wykonawcę.

Uwagi wymagają także poglądy doktryny, zgodnie z którymi „jednym z celów nowej ustawy było wprowadzenie uregulowań prowadzących do zrównoważenia praw i obowiązków stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego. **Cel ten ustawodawca planuje osiągnąć poprzez zachęcenie zamawiających w szczególności do odejścia od jednostronnego kształtowania umów i bardziej proporcjonalnego podziału praw i obowiązków stron oraz ryzyk z tym związanych.** W uzasadnieniu nowej ustawy wskazano, że wielu zamawiających, kierując się często **uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, sporządza umowy nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego - w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych.** „Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”⁴ oraz że „przepis art. 431 PZP zawiera **zasadę współdziałania stron umowy w sprawie zamówienia publicznego przy jej wykonaniu w celu należytej realizacji zamówienia. Jak wynika z uzasadnienia do PZP, ustawodawca dostrzegł potrzebę wzmocnienia regulacji dotyczących wykonywania umowy,**

³ Z. Gordon „Współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych” [w]: „kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych nr 2/2020;

⁴ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 431;

uznając, że należyte wykonanie zamówienia publicznego zależy od współdziałania obu stron umowy z poszanowaniem wzajemnych interesów (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy - Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 83). Nakaz współdziałania stron przy wykonywaniu umowy realizuje tym samym generalną zasadę równoważenia pozycji wykonawcy i zamawiającego, wpisaną w szereg przepisów działu VII PZP⁵.

Konkludując, Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący obejście przepisów art. 439 ust. 1 pzp, a co za tym idzie - postanowienia umowy w takim brzmieniu nie powinny być akceptowane i powinny ulec zmianie.

Odwołujący wnosi zatem jak w petitum o zmianę postanowień umowy, w tym w szczególności o zmianę w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost cen materiałów lub kosztów w stosunku do cen/kosztów, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia oraz, aby w wyniku złożonego wniosku wykonawcy przysługiwał wzrost wynagrodzenia.

W zakresie zarzutu ewentualnego

Odwołujący stawia zarzut ewentualny naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp, z uwagi na obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą. Postanowienia SWZ w obecnym brzmieniu są wadliwe i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po terminie na składanie ofert Zamawiający nie będzie mógł dokonać ich modyfikacji i będzie zobowiązany dokonać unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;

⁵ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2021

2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.