

Wrocław, dnia 29 stycznia 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: 510011787
Adres poczty elektronicznej: d.wojciak@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Daria Wójciak

Zamawiający:

Centrum Terapii Nerwic w Mosznej Sp. z o. o.
ul. Zamkowa 1A, 47-370 Moszna,
tel. 077) 466-84-18
email: l.krzysztofczyk@ctn-moszna.pl
Adres strony internetowej Zamawiającego:
www.ctn-moszna.pl; bip.ctn-moszna.pl Zakładka Ogłoszenia/Zamówienia publiczne/Bieżące
adres platformy: <https://platformazakupowa.pl/pn/szpital-kup>

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 cateringowych dla Centrum Terapii Nerwic w Mosznej*.
znak postępowania: ZP/1/2024.

- I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):
 1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00062182/01 z dnia 2024-01-24.
 2. Nazwa postępowania opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych: *Świadczenie usług cateringowych dla Centrum Terapii Nerwic w Mosznej*. Numer referencyjny: ZP/1/2024.
- 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. 433 pkt. 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści wzoru umowy postanowień kontraktowych umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 2) art. 436 pkt. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wprowadzenia do umowy postanowienia w przedmiocie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych;

- 3) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez brak ustalenia w treści dokumentacji postępowania, w tym w szczególności we wzorze umowy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia pomimo, że umowa o przedmiotowe zamówienie zostanie zwarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy;
- 4) art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 58 kc poprzez:
 - a) określenie w treści § 13 wzoru umowy kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę;
 - b) ustanowienie w treści § 13 wzoru umowy kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a tym samym opisanie okoliczności naliczenia kar umownych w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

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) wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia, że:

Minimalna gwarantowana wartość zamówienia wynosi 90% ustalonego na dzień zawarcia umowy wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 10 ust. 5 umowy.

- 2) wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia, że:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony nie może przekroczyć 10 % wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 10 ust. 5 w dniu podpisania umowy.

- 3) wprowadzenie do wzoru umowy postanowień waloryzacyjnych, wymaganych art. 439 Ustawy.

Propozycja klauzuli:

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.
- 4) zastąpienia dotychczasowej klauzuli dotyczącej kar umownych, klauzulą o następującej treści:
1. Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne:
 - 1) w przypadku zwłoki w dostawie posiłków przekraczającego 30 minut Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 200,00 zł za każdy stwierdzony protokolarnie fakt zwłoki – nie więcej niż 200,00 zł w odniesieniu do jednego dnia i nie więcej niż 2.000,00 zł w okresie miesiąca rozliczeniowego;
 - 2) w przypadku zawinionego wadliwego przygotowania dostarczonych posiłków, w szczególności pod względem temperaturowym, ilościowym i higienicznym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 50,00zł za każdy stwierdzony protokolarnie przypadek, nie więcej niż 300,00zł w odniesieniu do jednego dnia i nie więcej niż 2.000,00zł w okresie miesiąca rozliczeniowego;
 - 3) w przypadku stwierdzenia w dostarczonych posiłkach lub napojach z winy Wykonawcy ciał obcych ożywionych lub nieożywionych, niebędących składnikami receptury przygotowywanych posiłków, stwierdzonych protokolarnie i potwierdzonych dokumentacją fotograficzną, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 2.000,00zł za każdy stwierdzony przypadek;
 - 4) w przypadku stwierdzenia zawinionych przez Wykonawcę niezgodności jadłospisem dziennym Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 200,00zł za każdy protokolarnie potwierdzony przypadek - nie więcej niż 400,00zł w odniesieniu do jednego dnia i nie więcej niż 2.000,00zł w zakresie miesiąca;
 - 5) w przypadku zawinionego nie wywieszenia jadłospisu dziennego w odpowiednim terminie na stosownej tablicy ogłoszeń, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10,00zł (słownie: dwadzieścia złotych) za każdy stwierdzony protokolarnie przypadek;
 - 6) w przypadku zawinionego niedostarczenia posiłków w części w danym dniu, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 300,00zł, a w przypadku niedostarczenia posiłków w całości w danym dniu, Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 7500,00zł - nie więcej niż 3.000,00 zł w zakresie miesiąca - nie dotyczy sytuacji opisanej w ust. 8 i 9, gdy usługa zostanie wykonana przez usługodawcę wskazanego przez Wykonawcę;

- 7) w przypadku stwierdzenia, że Wykonawca wykonuje przedmiot umowy przy wykorzystaniu kuchni zlokalizowanej w odległości powyżej 70km od siedziby Zamawiającego, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500,00zł (słownie: pięćset złotych) za każdy dzień;
 - 8) w przypadku rozwiązania umowy przed terminem jej obowiązywania, Strona która ponosi odpowiedzialność za rozwiązanie umowy zapłaci drugiej Stronie karę umowną w wysokości 10,00% niezrealizowanej części wartości przedmiotu umowy obliczonej na podstawie średniej, miesięcznej ilości wydanych posiłków do dnia rozwiązania umowy.
2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:
- 1) za wykonywanie przedmiotu umowy przez podwykonawcę, który nie został zgłoszony Zamawiającemu zgodnie z postanowieniami postanowienia § 5, w wysokości 2.000,00zł za każde zdarzenie;
 - 2) w przypadku braku lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 2.000,00zł za każde zdarzenie.
3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za:
- 1) niedopełnienie wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób, które będą realizować przedmiot umowy w zakresie wymaganym postanowieniem § 6 w wysokości równej kwocie minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów powszechnie obowiązującego prawa na dzień stwierdzenia przez Zamawiającego niedopełnienia przez Wykonawcę jego zobowiązania w tym zakresie, osobno za każdą osobę i w każdym miesiącu (przedmiotowa kara umowna może być nakładana wielokrotnie i dotyczyć tej samej osoby, jednak w stosunku do tej samej osoby może być ona nałożona wyłącznie jednokrotnie w każdym miesiącu kalendarzowym);
 - 2) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 50,00zł za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego przez Zamawiającego na przedłożenie do wglądu dokumentów określonych w postanowieniu § 6.

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 2 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 24.01.2024 roku opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 7 500 zł. (słownie: siedem tysięcy 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 cateringowych dla Centrum Terapii Nerwic w Mosznej.*

1. BRAK WSKAZANEJ MINIMALNEJ WIELKOŚCI ZAMÓWIENIA

1.1. Zgodnie z postanowieniami wzoru umownymi, Zamawiający nie określił minimalnej wielkości lub wartości swojego świadczenia. Jednocześnie zgodnie § 11 ust. 1 wzoru umowy:

Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie w kwocie wynikającej z iloczynu ilości rzeczywiście dostarczonych posiłków objętych przedmiotem umowy i ich cen jednostkowych zgodnie z postanowieniem § 10 ust. 1.

Zamawiający nie określił jednocześnie minimalnej wielkości lub wartości zamówienia.

1.2. Wobec powyższego, wykonawca na podstawie SWZ nie uzyskał informacji o minimalnej wartości lub wielkości zobowiązania Zamawiającego. Wartości i wielkości podane w SWZ są wielkościami szacunkowymi, są nieokreślone, pozwalają na dowolne ograniczenie wielkości zamówienia, a w konsekwencji obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem każdego rodzaju włączyń lub ograniczeń, w tym również włączyń nadzwyczajnie wysokich lub długich. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że wbrew wymogom art. z art. 433 pkt 4 Ustawy, wzór umowy nie zawiera minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron mimo, że Zamawiający zastrzegł dla siebie możliwość ograniczenia zamówienia dostosowaną do swoich rzeczywistych i bieżących potrzeb w czasie trwania umowy .

Odwołujący zwraca uwagę na wyrok KIO z dnia 26 listopada 2023 r., sygn. akt. KIO 3233/21 zgodnie z myśl którego *zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.*

1.3. Odwołujący podnosi ponadto, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, Zamawiający w umowie nie może zastrzegać sobie prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Oznacza to, że przedmiot umowy powinien być określony w taki sposób, by wykonawca mógł ustalić minimalny, pewny zakres lub wielkość przyszłego swojego świadczenia oraz wysokość odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Wymiar tego zakazu jest dwojaki. Po pierwsze, chroni on wykonawcę przed stratami ponoszonymi w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym

zakresie, w sytuacji gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy jest znacznie mniejszy czy wręcz znikomy. Po drugie, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia, a co za tym idzie - przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie w opisie przedmiotu zamówienia zakresu szacunkowego lub maksymalnego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw lub usług (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyroku z 02.01.2017 r. sygn. akt. KIO 2346/16 uznała za niedopuszczalne.. Izba wskazała, że brak pewności po stronie wykonawcy, co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty, prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego. Zatem, jeśli nawet zamawiający nie jest w stanie w precyzyjny sposób określić swoich potrzeb, dla zaspokojenia których udziela zamówienia, nie może określić jedynie maksymalnej wartości zobowiązania i zastrzec, że zamówienie będzie realizować według bieżących, rzeczywistych potrzeb. Zobowiązany jest wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Zamawiający może w takim przypadku skorzystać również z instytucji prawa opcji, które pozwala na rozszerzenie zamówienia podstawowego o towarzyszące mu usługi lub dostawy. (Jaworska Marzena [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, 2021, [w]: komentarz do art. 433, pkt B.4).

1.4. Odwołujący podkreśla, iż takie działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 433 ustawy Pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 433 ustawy Pzp było m.in., że „specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

1.5. Ponadto, zgodnie z Prawem zamówień publicznych, opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać w szczególności zakres zamówienia. Innymi słowy powinien on określać „ilość zamówienia” (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08). Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym umożliwia bowiem wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty. Odrębną kwestią jest to, że Zamawiający tylko wskutek prawidłowego przedmiotu zamówienia będzie mógł prawidłowo oszacować wartość zamówienia z należytą starannością. Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie dają podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem jego ilości/wielkości, nawet w przypadku, gdy jego zapotrzebowanie jest trudno przewidywalne. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby

Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09), zgodnie z którym „przepis art. 29 ust. 1 ustawy nie daje podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zapotrzebowanie Zamawiającego jest trudno-przewidywalne. Sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów leczniczych, nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji”. Stosownie do postanowienia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

- 1.6. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 99 ust.1 in principio ustawy Pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części usług lub dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z art. 29 tejże ustawy (arg. z wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05). Ponadto, jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (orzeczenie SO dla Warszawy – Pragi z 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05), „niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby Zamawiającego (...), gdyż jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego”.
- 1.7. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”.
- 1.8. Należy mieć przy tym na uwadze, iż zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy, powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem, zawartym w ofercie. Podkreślenia wymaga również fakt, że również - zgodnie z dominującym poglądem doktryny - Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, o ile Zamawiający wskaże minimalny próg, do jakiego zobowiązany będzie wykonać zamówienia, a który nie będzie w sposób znaczący odbiegać od wartości maksymalnych (W. Bertman-Janik „Zamówienia na leki”, Przetargi publiczne 2007 r., nr 4, s. 40)

1.9. Odwołujący podkreśla ponadto, że kwestionowane postanowienia SWZ nie pozwalają Wykonawcy na należyte skalkulowanie optymalnej ceny w swojej ofercie. Optymalna cena w ofercie Wykonawcy uzależniona jest bowiem od faktycznej, a nieszacowanej ilości usług, które zakupi Zamawiający. Tak, więc inna cena będzie dla maksymalnej ilości zadeklarowanej SWZ, a inna dla ilości pomniejszonych w myśl ww. postanowień SWZ. Przyjęcie możliwości dowolnego zmniejszenia wielkości zamówienia, dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez Zamawiającego. Ponadto istotnym jest także, że rezultatem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywileje. Istnienie kwestionowanego zapisu w SWZ powoduje to, że tylko Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.

1.10. Odwołujący podnosi, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisania, co pozwala uznać je za niejasne, nieprecyzyjne, dowolne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia społecznego winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty, jak i potencjalnej umowy. Zasady te mają zapewnić równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (wyrok z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

1.11. Odwołujący dodatkowo podkreśla, iż opisane przez Zamawiającego warunki zmiany zamówienia w postaci zmniejszenia są konstruowane w sposób niedookreślony. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach, z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Akceptacja zmiany zamówienia na zasadach określonych w SWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej stron postępowania - Zamawiającego i stanowi nadużycie prawa. W przedmiotowej kwestii KIO podobnie wypowiedziało się w wyrokach:

1) KIO z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07:

Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.

2) KIO z dnia 2 stycznia 2017 r. sygn. akt 2346/16

Zastrzeżenie przez zamawiającego w projekcie umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza, bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty.

Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny, co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie.

2. BRAK POSTANOWIENIA W PRZEDMIOCIE ŁĄCZNEJ MAKSYMALNEJ WYSOKOŚCI KAR UMOWNYCH

- 2.1. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 436 pkt 3 Ustawy, projektowane postanowienia umowne określają łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Projekt umowy dotyczący zamówienia nie zawiera postanowienia, o którym mowa w art. 436 pkt 3 Ustawy. Ponadto również inne postanowienia SWZ nie zawierają ww. wymaganej prawem regulacji.
- 2.2. Wobec powyższego Odwołujący stwierdza, że SWZ jest niezgodna z Ustawą. Ponadto brak ww. postanowienia umownego utrudnia złożenia oferty, gdyż wykonawca nie wie, jakiej wartości potrąceń może spodziewać się w związku z karami umownymi oraz czy ww. potrącenia nie skosumują całości wynagrodzenia wykonawcy.
- 2.3. Odwołujący wskazuje, że określenie we wzorze umowy maksymalnej wysokości niektórych kar umownych (par. 13 ust. pkt 1 – 4 i 6) nie stanowi spełnienia obowiązku, o którym mowa w art. 436 pkt 3 Ustawy. Zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający zobowiązany jest wskazać ze wzorze maksymalną wysokość kar umownych, którą mogą dochodzić stronie a nie maksymalną wysokość niektórych kar umownych, których mogą dochodzić strony.

3. BRAK USTALENIA W TREŚCI DOKUMENTACJI POSTĘPOWANIA KLAUZULI Z ART. 439

- 3.1. Odwołujący podnosi, że dokumentacja postępowania – w tym w szczególności wzór umowy stanowiący Załącznik nr 7 do SWZ – została sporządzona niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, gdyż wbrew art. 439 Ustawy w ogóle nie zawiera postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Umowa o przedmiotowe zamówienie zostanie zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy i z tego powodu powinna ww. klauzulę zawierać.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z postanowieniem Rozdz. VI SWZ:

Wykonawca zobowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia przez okres 24 miesięcy od daty podpisania umowy.

- 3.2. Dokumentacja postępowania, w tym w szczególności Wzór umowy stanowiący Załącznik nr 7 do SWZ w ogóle nie zawiera postanowień wymaganych art. 439 Ustawy pomimo, że – jak wyżej wskazano - umowa o przedmiotowe zamówienie zostanie zwarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy.
- 3.3. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że dokumentacja postępowania została sformułowana sprzecznie z Ustawą. Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 pzp *umowa, której przedmiotem są (...) usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz mechanizm aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy.*
- 3.4. Przepis art. 439 Ustawy ma charakter *ius cogens*. Wobec powyższego Zamawiający nie jest uprawniony w drodze jednostronnego oświadczenia, lub innej decyzji zwolnić się z obowiązku sformułowania w treści dokumentacji postępowania (wzoru umowy) postanowień

wymaganych dyspozycją przywołanego przepisu. Ze względu na powyższe niedozwolonym jest formułowanie wzorów umów o zamówienie publiczne pozbawionych klauzuli, o której mowa w art. 439 Ustawy, dla zamówień, których termin realizacji – jak w niniejszym postępowaniu - został określony w SWZ na okres przekraczający 6 miesięcy.

3.5. Odwołujący zwraca uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.01.2022 r. (sygn. akt: KIO 3600/21) oraz zawarte w tymże wyroku uzasadnienie zgodnie, z którym: *„Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].*

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. (podkreślenie dokonane przez Odwołującego).

4. RAŻĄCO WYSOKIE KARY UMOWNE

4.1. Odwołujący podnosi, że naliczenie kar umownych, zdefiniowanych w par. 13 ust. 1 – 3 wzoru umowy, ma charakter rażąco wygórowany oraz prowadzi do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, a zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego nieuzasadnionemu wzbogaceniu Zamawiającego. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 2574/18) tj.: *wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniąc niecelowym jej wykonywanie.*

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

Zgodnie z treścią wzoru umowy kara umowne, których miesięczne maksymalna wysokość niektórych kar umownych mogłyby wynieść 25 000,00 zł.. Biorąc pod uwagę wartość zamówienia kary te stanowiłyby 15% miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy. Dodatkowo wykonawca mógłby zostać obciążony karami, których wartość nie została określona w wartościach maksymalnych. W ocenie Odwołującego, tak wysokie kary przekraczają zadośćuczynienie dla szkód mogących powstać po stronie Zamawiającego lub osób trzecich.

4.3. Odwołujący podkreśla również, że sprzeczne z prawem jest naliczanie kary umownej za niezawinione uchybienie. Kara umowna może być nakładana za zawinione działanie lub zaniechanie wykonawcy, a nie za okoliczności, które nie są od niego uzależnione, w tym niezawinione. Każde z postanowień par. 13 ust. 1 – 3 wzoru umowy umożliwia Zamawiającemu naliczenie kary umownej, w przypadku, gdyby wykonawca w sposób niezawiniony nie spełnił swojego zobowiązania umownego – np. w przypadku opóźnienia albo w przypadku stwierdzenia uchybienia bez względu na okoliczność, czy uchybienie to jest zawinione czy niezawinione.

Pogląd o niemożności naliczenia kary umownej w przypadku braku winy potwierdzany był wielokrotnie przez Sąd Najwyższy, przykładowo już w wyroku z dnia 20 marca 1968 r. II CR 419/67: „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kodeksu Cywilnego), kary umownej nie nalicza się”, jak i obecnie, w najnowszych orzeczeniach – w wyroku z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt: I CSK 748/12” „Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest z obowiązku zapłaty kary, gdy wykáže, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa.”. Potwierdzającym ugruntowaną obecnie już linię orzeczniczą Sądu Najwyższego, jest chociażby wyrok z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10, wyrok z dnia 6 października 2010 II CSK 180/10, wyrok z dnia 11 stycznia 2008 r. V CSK 3862/07, wyrok z dnia 21 września 2007 r. V CSK 139/07, wyrok z dnia 11 marca 2004 r. V CSK 369/03, wyrok z dnia 11 czerwca 2003 r. III CKN 50/01, wyrok z dnia

27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01.

- 4.4. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że przywołane powyżej postanowienia umowne, dotyczące kar umownych, stanowią naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz są sprzeczne z podstawowymi celami kary umownej, stanowiącej surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Tak sformułowane klauzule, dotyczące kar umownych, pełnią w rzeczywistości funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną, a poziom kar umownych nie znajduje uzasadnienia, gdyż ich wysokość jest nadmierna i nieproporcjonalna względem określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.
- 4.5. Odwołujący wskazuje, że kara umowna powinna mieć ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny. Na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest silne oddziaływanie na niesolidnych wykonawców w sposób zapewniający należyte wykonanie umowy. Zatem ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych stanowi rażąco naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c.).
- 4.6. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo Zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma swoje ograniczenie - Zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 k.c; zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający konstruując wskazane kary umowne dopuścił się naruszenia art. 5 k.c.
- 4.7. W ocenie Odwołującego Zamawiający niezgodnie z prawem wykorzystuje swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego, wprowadził do umowy rażąco wygórowane kary umowne, które z uwagi na swą konstrukcję, mogą mieć zastosowanie zarówno w przypadku drobnego uchybienia, nieskutkującego powstaniem jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego, jak i w przypadku niewykonania zobowiązania w znacznej części. Nie można również zapominać, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawienie szkody (zryczałtowane odszkodowanie), a zatem stawka kary umownej nie powinna być ustalona abstrakcyjnie, lecz z uwzględnieniem przewidywanej szkody, jaka może powstać po stronie Zamawiającego. Jednakże postanowienie projektu umowy nie zostało oparte na powyższych założeniach

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.