

Wrocław, dnia 24 lutego 2022 r.

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

Odwołujący:

Impel System Sp. z o. o.

ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław
KRS: 0000127540 NIP: 8971613637
numer telefonu:

510 011 618

adres poczty elektronicznej:

a.sliwinska@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Anna Śliwińska

Zamawiający:

Szpital Uniwersytecki

Im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o.

ul. Zyty 26; 65-046 Zielona Góra

NIP: 9731025315; Regon: 970773231

numer telefonu: 68/329 62 00

adres poczty elektronicznej:

zamowieniapubliczne@szpital.zgora.pl

adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:

https://platformazakupowa.pl/pn/szpital_zgora/proceedings

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 t.j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Sukcesywne usługi specjalistycznego sprzętania i całodobowego utrzymania czystości w budynkach Zamawiającego* (znak postępowania: TZ.280.8.2022) – w zakresie Zadania nr 1 - tj. wobec niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego, dokonanej w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na:

1) opis przedmiotu zamówienia:

na zastrzeżenie, że *wszyscy pracownicy wykonawcy powinni posiadać aktualne badania lekarskie oraz obowiązkowe szczepienia, w tym szczepienia przeciwko Covid-19 lub udokumentowane bycie ozdrowieńcem* (Załącznik nr 2 do SWZ pkt II ppkt 7 zdanie drugie str. 2) tj.:

na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniającego wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i sprzecznego z przepisami szczególnymi dotyczącymi obowiązkowych szczepień przeciwko covid – z przepisami Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. 2022.340 t.j. z dnia 10.02.2022);

2) postanowienia umowne:

a) dopuszczające ograniczenie zamówienia o nieokreśloną wartość i brak wskazania minimalnej wielkości zamówienia;

- b) uniemożliwiający uzyskanie przez wykonawcę waloryzacji na podstawie art. 439 Ustawy;
- c) ustalające:
 - i. kary umowne za opóźnienie;
 - ii. wygórowane kary umowne za nienależyte wykonanie umowy;
 - iii. wygórowaną karę umowną za odstąpienie od umowy;
- d) ustalające wygórowaną łączną maksymalną wysokość kar umownych;
- e) ustalające niesymetryczne uprawnienia do wypowiedzenia umowy dla stron.

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 031/079877 z dnia 14.02.2022 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Sukcesywne usługi specjalistycznego sprzętania i całodobowego utrzymania czystości w budynkach Zamawiającego*. Numer referencyjny: TZ.280.8.2022.

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. 99 ust. 1 i 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy i art. 5 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z § 12a ust. 3 i § 12b Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii poprzez ustalenie w treści SWZ wymogu, że wszyscy pracownicy wykonawcy zobowiązani są posiadać obowiązkowe szczepienia przeciwko Covid-19 lub udokumentowane bycie ozdrowieńcem, podczas gdy na mocy ww. § 12a ust. 3 i § 12b Rozporządzenia Ministra Zdrowia z obowiązku szczepień przeciwko covid-19 wyłączone są osoby, u których do dnia 1 marca 2022 r. nie upłyne więcej niż 6 miesięcy od uzyskania pozytywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 oraz osoby, które mają przeciwwskazania do szczepienia ze względu na stan zdrowia;
- 2) 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 projektu umowy postanowień umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 3) art. 439 Ustawy w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez ustalenie w treści projektu umowy pozornych postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia podczas, gdy przepis art. 439 Ustawy wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 12 miesięcy;
- 4) 436 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez ustanowienie w treści projektu umowy maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości odpowiadającej 30% wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy;
- 5) art. 433 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści projektu umowy postanowień umożliwiających obciążenie wykonawcy karą umowną za opóźnienie, mimo że nie jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 6) art. 431 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy i 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. poprzez określenie w treści projektu umowy

kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie wartościowym nieadekwatnym do rodzaju uchybienia oraz wartości uchybienia;

- 7) art. 431 Ustawy oraz art. 8 Ustawy z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy dla Zamawiającego uprawnienia do rozwiązywania umowy z dowolnego powodu.

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) w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia:
zmianę wymogu określonego Załącznik nr 2 do SWZ pkt II ppkt 7 zdanie drugie str. 2 polegającą na sformułowaniu ww. wymogu w następujący sposób:
Wszyscy pracownicy wykonawcy - za wyjątkiem osób, o których mowa § 12a ust. 3 i § 12b Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. 2022.340 t.j. z dnia 10.02.2022) - powinni posiadać aktualne badania lekarskie oraz obowiązkowe szczepienia, w tym szczepienia przeciwko Covid-19 lub udokumentowane bycie ozdowieńcem.
- 2) w zakresie dotyczącym minimalnej wielkości zamówienia:
zmianę § 9 projektu umowy polegającą na dodaniu do ww. § 9 projektu umowy ustępu 5 o następującej treści:
Całkowita maksymalna wielkość ograniczeń zamówienia, określonych w niniejszej umowie nie przekroczy 15% wartości netto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 9 ust. 1 pkt 1 umowy.
- 3) w zakresie dotyczącym waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy na podst. art. 439 Ustawy:
usunięcie postanowień § 10 ust. 1 pkt 5 i ust. 8 – 10 projektu umowy i zastąpienie ich następującą treścią:

W związku z realizacją postanowień art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, Strony postanawiają, że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją umowy, waloryzacja wynagrodzenia umownego wykonawcy będzie następować na następujących zasadach:

- 1) *całkowite wynagrodzenie brutto Wykonawca i ceny jednostkowe brutto ustalone w umowie waloryzowane będą po upływie każdego kolejnego kwartału realizacji umowy, pod warunkiem, że spełnione zostaną wymogi określone w poniższych pkt 2 – 5; poprzez pojęcie kwartału Strony rozumieją kwartał w ujęciu kalendarzowym;*
- 2) *zmiana wynagrodzenia wykonawcy w danym kwartale nastąpi, jeżeli zmiana cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją umowy w tym kwartale, będzie wyższa o co najmniej 0,2% od wysokości tychże cen lub kosztów w poprzednim kwartale, ustalonych na podstawie Wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w ujęciu kwartalnym, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”;*
- 3) *zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następowała od pierwszego dnia miesiąca, następującego po dniu publikacji komunikatu, o którym mowa w ust. 2;*
- 4) *wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa wzrostowi Wskaźnika, wskazanego w pkt 2 i będzie dokonywana:*

- a) w przypadku pierwszej waloryzacji - od wartości wynagrodzenia, określonego w umowie;
 - b) w przypadku każdej kolejnej waloryzacji - od wartości wynagrodzenia, ustalonego w wyniku poprzedniej waloryzacji;
- 5) łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy może wynieść 15% całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego na dzień zawarcia umowy;
- 6) Zamawiający, po każdej zmianie Wskaźnika, spełniającej wymagania określone w pkt. 2, zwaloryzuje wynagrodzenie umowne na zasadach określonych w pkt. 3 i 4;
- 7) zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy i cen jednostkowych, nie wymaga zmiany umowy.
- 4) w zakresie dotyczącym kar umownych:
zmianę § § 13 ust. 1 pkt 2 i 3 projektu umowy polegającą na sformułowaniu ww. postanowień w następujący sposób:
- Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości:*
- 2) 10% wartości, o której mowa w § 9 ust. 1 pkt 1 w przypadku wypowiedzenia, rozwiązania lub odstąpienia od umowy wskutek okoliczności zawinionych przez Wykonawcę
 - 3) 1000,00 złotych (słownie: tysiąc złotych 00/100) za każdy dzień zwłoki w wykonaniu czynności ustalonej w planie higieny oraz stwierdzenie naruszenia przez Wykonawcę warunku umowy.
- 5) w zakresie dotyczącym łącznej maksymalnej wysokości kar umownych:
zmianę § § 13 ust. 4 projektu umowy polegającą na sformułowaniu ww. postanowienia w następujący sposób:
- Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony wynosi 10% wynagrodzenia netto należnego Wykonawcy określonego w § 9 ust. 1 pkt 1.*
- 6) w zakresie dotyczącym wypowiedzenia umowy:
usunięcie postanowienia § 18 ust. 2 projektu umowy i dodanie do § 18 następujących postanowień:
2. *Stronom przysługuje prawo wypowiedzenia umowy za uprzednim 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia z terminem wypowiedzenia na koniec miesiąca kalendarzowego.*
 3. *Za obopólną zgodą - porozumieniem umawiających się Stron, umowa może być rozwiązana w każdym czasie.*
- 7) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) – 6) powyżej.

Ponadto wnoszę o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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 czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

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

Zamawiający w dniu 14.02.2022 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.: *Sukcesywne usługi specjalistycznego sprzętania i całodobowego utrzymania czystości w budynkach Zamawiającego.*

Odwołujący podnosi,

I. Opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z wymogami Załącznik nr 2 do SWZ pkt II ppkt 7 zdanie drugie str. 2:

Wszyscy pracownicy wykonawcy powinni posiadać aktualne badania lekarskie oraz obowiązkowe szczepienia, w tym szczepienia przeciwko Covid-19 lub udokumentowane bycie ozdrowieńcem

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienie jest bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia ani w stanie faktycznym, ani prawnym sprawy.

Odwołujący podaje, że zgodnie z § 12a ust. 1 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, osoby wykonujące jakiegokolwiek czynności zawodowe w podmiotach leczniczych podlegają obowiązkowym szczepieniom przeciwko covid-19. Jednocześnie na mocy § 12a ust. 3 i § 12b tego samego rozporządzenia z obowiązku szczepienia przeciwko covid-19 zwolnione są osoby, u których do dnia 1 marca 2022 r. upłyne nie więcej niż 6 miesięcy od uzyskania pozytywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 oraz osoby, które mają przeciwskazania do szczepienia ze względu na ich stan zdrowia.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że postawiony w SWZ wymóg, aby wszyscy pracownicy wykonawcy posiadali szczepienia przeciw covid-19 jest nadmierny i nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego wynikającymi z przepisów prawa. Skoro

ustawodawca wyłączył z obowiązku szczepień niektóre grupy osób to wymóg zaszczepienia wszystkich osób realizujących zamówienie jest bezprawny.

Odwołujący zaznacza również, że ww. wymogu nie łagodzi ani modyfikuje zastrzeżenie, że zamówienie mogą realizować ozdrowieńcy, o ile legitymują się stosownym dokumentem. Uwagi wymaga, że osoby zwolnione ze szczepienia z uwagi na stan zdrowia, nie muszą być jednocześnie ozdrowieńcami. Tymczasem spełnienie wymagania określonego w ww. Załączniku nr 2 i Załącznik nr 2a skutkuje dla wykonawcy, w ten sposób, że rekrutując pracowników do realizacji zamówienia musi dyskryminować osoby nieposiadające szczepienia ze względu na stan zdrowia i domawiać im zatrudnienia.

Niezależnie od powyższego, uprzedzając stanowisko Zamawiającego, że wymóg pełnego zaszczepienia personelu przeciwko covid -19, jest uzasadniony z uwagi na fakt, że jest jednostką służby zdrowia obsługującą pacjentów zakażonych covid i musi podejmować działania zmierzające do ograniczenia ryzyka zakażeń szpitalnych oraz działania zmierzające do ograniczenia nieobecności spowodowanych zarażeniem sars-cov-2, to Odwołujący podnosi, że eliminacja ww. ryzyk może nastąpić poprzez dokonywanie odpowiednich testów. Ponadto w sprawie istotnym jest również, że zgodnie z aktualną wiedzą medyczną szczepienie nie chroni całkowicie przed zarażeniem. Tym samym dopuszczenie do realizacji zamówienia chorych na covid, ale zaszczepionych pracowników jest przejawem dyskryminacji wobec niezarażonych, ale niezaszczepionych osób a ponadto nie wpływa na bezpieczeństwo Zamawiającego ani eliminację ww. ryzyk.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, że opis przedmiotu zamówienia dotyczących wymogu określonego w Załącznik nr 2 i Załącznik nr 2a do SWZ pkt II ppkt 7 zdanie drugie str. 2 nie uwzględnia wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca został bezpodstawnie pozbawiony możliwości zatrudnienia do realizacji zamówienia osób, które w myśl ww. rozporządzenia pomimo braku szczepienia na covid mogą wykonywać czynności,

w tym świadczyć pracę w jednostkach służby zdrowia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zaznacza również, że ww. wymóg nie może być w sposób pewny spełniony przez wykonawcę. Nie istnieją bowiem narzędzia prawne umożliwiające wykonawcy (pracodawcy) weryfikację zaszczepienia na covid. Z uwagi na brak odpowiedniej regulacji, wykonawca (pracodawca) jest zmuszony działać w zaufaniu do dobrowolnych oświadczeń złożonych przez swoich pracowników. Wykonawca (pracodawca) nie ma prawnej legitymacji żądać od swoich pracowników przedstawienia Certyfikatu Covid lub innego zaświadczenia potwierdzającego zaszczepienie. Wobec powyższego powstaniowy w ww. postanowieniu SWZ wymóg kreuje po stronie wykonawcy zobowiązanie do świadczenia niemożliwego. Również i z tego względu realizacja ww. wymogu SWZ stanowi przeszkodę do sporządzenia i złożenia oferty.

II. Postanowienia umowne – brak wskazanej minimalnej wielkości zamówienia.

Zgodnie z postanowieniami § 9 ust. 4 projektu umowy:

W przypadku zmniejszenia w danym miesiącu zakresu realizacji przedmiotu zamówienia wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 3 ulegnie obniżeniu o kwotę wynikającą z przeliczenia zgodnie z danymi zawartymi w punkcie IX załącznika nr 1 do umowy.

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienie jest niezgodne z art. 433 pkt 4 Ustawy, gdyż:

- 1) dopuszcza nieograniczoną możliwość redukcji zamówienia przez Zamawiającego;
- 2) maksymalna wielkość lub wartość redukcji zamówienia jest nieograniczona;
- 3) minimalna gwarantowana wielkość świadczenia wykonawcy jak i zamawiającego jest nieznaną i nieokreślona w postanowieniach umowy;
- 4) redukcja zamówienia może nastąpić z dowolnych powodów.

Wobec powyższego, wykonawca na podstawie SWZ nie uzyskał, informacji jaka jest maksymalna wielkość lub wartość usługi, która może być wyłączna w związku z umową oraz nie uzyskał informacji jaki jest maksymalny okres wyłączenia. Wartości i wielkości podane w SWZ są nieokreślone, pozwalają na ich dowolną i rozszerzającą interpretację w toku realizacji umowy a w konsekwencji obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zwiększonych lub wydłużonych włączeń. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że wbrew wymogom art. z art. 433 pkt 4 Ustawy, wzór umowa nie zawiera minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron mimo, że Zamawiający zastrzegł możliwość ograniczenia zamówienia.

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 gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.) uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Izba wskazała, że zastrzeżenie takie 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).

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 przetrzucać 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”.

Odwołujący wskazuje, że 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.

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”.

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 zasada równości stron umowy”.

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)

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 minimalnej gwarantowanej wielkości zamówienia, a nie maksymalnej szacowanej ilości, usług które może zakupić 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 projekcie umowy powoduje to, że Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, 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).

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 w zakresie wielkości sprzątanymi powierzchniami 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:

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.

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 ilościowym

- III. Postanowienia umowne - uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę waloryzacji na podstawie art. 439 Ustawy.

Zgodnie z postanowieniami § § 10 ust. 1 pkt 5 i ust. 8 i nast. projektu umowy:

1. *Strony przewidują możliwości wprowadzenia odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku zmiany:
(...)*
 - 5) *poziomu kosztów związanych z realizacją zamówienia
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę i zostanie to udowodnione, a Strony dochowają ciążących obowiązków, o których mowa w niniejszym paragrafie.*
8. *Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 1 pkt 5 dokonana zostanie z uwzględnieniem poniższych zasad:*
 - 1) *poziom zmiany kosztów związanych z zakupem materiałów i usług niezbędnych do realizacji zamówienia, uprawniający Strony do wystąpienia z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia określa się na poziomie łącznie nie mniejszym niż 10% w stosunku do przedmiotowych kosztów na dzień zawarcia umowy,*
 - 2) *początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia: 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy; każda kolejna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w niniejszym ustępie, może następować po upływie każdych kolejnych 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia aneksu pod warunkiem, że nastąpiła ponowna zmiana kosztów w*

- wysokości wskazanej w pkt 1 w stosunku do kosztów na dzień poprzedniej zmiany wynagrodzenia,
- 3) sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia w razie ziszczenia się przesłanek wskazanych w pkt 1 i pkt 2: po upływie roku od zawarcia niniejszej umowy – może nastąpić zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy o wzrost cen podany w Komunikacie Prezesa GUS w sprawie średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za rok ubiegły; w razie zmniejszenia kosztów związanych z realizacją zamówienia zmniejszenie wynagrodzenia należnego Wykonawcy nastąpi o połowę procentowego zmniejszenia się kosztów Wykonawcy związanych z realizacją zamówienia w stosunku do kosztów na dzień zawarcia umowy, a w razie gdy dokonano już zmiany wynagrodzenia do kosztów na dzień dokonania tej zmiany;
 - 4) sposób określenia wpływu zmiany kosztów na koszt wykonania zamówienia:
 - a) w celu określenia wpływu zmiany kosztów na koszt wykonania zamówienia strona wnioskująca zobowiązana jest uzasadnić swój wniosek przedstawiając stosowne dokumenty potwierdzające wzrost lub spadek kosztów, o których mowa w ust. 1 pkt 5,
 - b) wynagrodzenie należne Wykonawcy do wypłaty, zgodnie z umową, ulegnie zmianie od pierwszego dnia po upływie odpowiednio: dnia, w którym upłynęło 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a następnie każdego kolejnych 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia aneksu zmieniającego;
 - 5) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 5 wynosi 3 % wynagrodzenia wskazanego w § 9 ust. 1.
 - 6) w sytuacji, gdy niniejsza umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert.
 - 7) w celu weryfikacji poziomu wzrostu kosztów, o którym mowa w pkt 1 Wykonawca przedstawi Zamawiającemu w terminie do 30 dni od dnia zawarcia umowy udokumentowane koszty, jakie ponosi na zakup materiałów i usług niezbędnych do realizacji zamówienia.

Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi: 33 miesiące dla zadania nr 1.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, że zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, jest ograniczone do zjawisk nadzwyczajnych a ustalony w umowie sposób waloryzacji *de facto* zwalnia Zamawiającego z obowiązku sprawiedliwej partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Na skutek powyższego przywołana klauzula nie będzie skutkowałą aktualizacją wynagrodzenia, ale spowoduje utratę ekwiwalentności świadczeń zamawiającego względem wykonawcy. Innymi słowy Zamawiający zapłaci na wykonanie umowy cenę niższą niż rzeczywista wartość świadczenia, pomimo zastosowania klauzuli mającej chronić świadczenia stron przed dewaluacją.

Tytułem przykładu, Odwołujący wskazuje, że przy założeniu, że całkowite wynagrodzenie wykonawcy wynosi 100.000 zł. to waloryzacja, na podstawie ww. postanowienia umownego będzie kształtowała się w następujący sposób:

Wynagrodzenie wykonawcy 100.000,00 zł.

Próg uprawniający do waloryzacji: 10% zmiany cen materiałów lub kosztów wykonania
Zakładając, że koszt ww. materiałów i kosztów wynosi 10% wartości umowy tj. 10.000,00 zł,
to:

- ✓ realny wzrost kosztów uprawniających wykonawcę do wystąpienia o waloryzację wynosi $(10.000 \times 10\%) = 1.000,00$ zł.
- ✓ zmiana wynagrodzenia ograniczonego do części dotyczącej kosztów i materiałów nastąpi o wskaźnik inflacji: aktualnie wskaźnik ten wynosi + 5%; historycznie w ostatnim dziesięcioleciu wskaźnik ten wahał się na poziomie: +1% do +2% (dane historyczne dostępne na stronie GUS: <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/>).

W przypadku gdyby waloryzacja była dokonywana o roczny wskaźnik inflacji opublikowany w 2022 r.¹ to dla niniejszego przykładu wzrost wyniósłby $10.000 \times 5\% = 500$ zł.

Biorąc pod uwagę dane historyczne, to przy spadku wskaźnika inflacji o dwa punkty procentowe to dla niniejszego przykładu waloryzacja wyniosłaby: $10.000\% \times 3\% = 300$ zł.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że indeksacja dokonana zgodnie z ww. klauzulą prowadzić będzie do znikomej i nieproporcjonalnej podwyżki wynagrodzenia wykonawcy względem wzrostu kosztów wykonania zamówienia.

Jak pokazuje powyższy przykład, sposób obliczenia waloryzacji wynikający z umowy powoduje, że przy nadzwyczajnym wzroście kosztów materiałowych wykonawca samodzielnie finansuje 2/3 wzrostu kosztów. Odwołujący wyjaśnia, że wskaźnik waloryzacyjny wskazany w umowie nie jest wskaźnikiem odnoszącym się do bieżących danych gospodarczych, ale jest informacją o zdarzeniach przeszłych. Tymczasem wynikająca z umowy podwyżka kosztów w ogóle warunkująca indeksację musi być bieżąca. Skutkiem powyższego waloryzacja dokonywana jest o wskaźnik oderwany od zdarzeń gospodarczych wywołujących ww. wzrost cen i tym samym wskaźnik nieadekwatny do bieżących zjawisk gospodarczych. Tak ustalony mechanizm powoduje, że podwyżka wynagrodzenia wykonawcy zawsze będzie niższa od bieżącej siły nabywczej pieniądza. Rodzaj wskaźnika waloryzacyjnego wybranego w umowie zabezpiecza Zamawiającego przed realną podwyżką wynagrodzenia wykonawcy i powoduje, że podwyżka wynagrodzenia zawsze będzie nieadekwatna do rzeczywistej wysokości kosztów materiałowych wykonania umowy.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że podział nadzwyczajnych kosztów wykonania zamówienia nie jest sprawiedliwy i niewspółmiernie obciąża wykonawcę ryzykiem samodzielnego ponoszenia wydatków spowodowanych zjawiska nadzwyczajnymi i nieprzewidywalnymi.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza, że przedstawiony powyżej podział pokrycia nadzwyczajnych kosztów kontraktowych, kształtuje się tak samo w przypadku, gdyby koszty materiałów były wyższe lub niższe niż 10% wynagrodzenia umownego.

Nienależnie od powyższego Odwołujący, zaznacza również, że tezę, iż celem ww. klauzuli jest wyłączenie albo co najmniej ograniczenie obowiązku partycypacji Zamawiającego w zwiększonych kosztach wykonania zamówienia, zgodnie z celem i dyspozycją art. 439 pzp potwierdza przede wszystkim fakt, że warunkiem umożliwiającym wykonawcy o wystąpienie z

¹ <https://stat.gov.pl/sygnalne/komunikaty-i-obwieszczenia/lista-komunikatow-i-obwieszczen/komunikat-w-sprawie-sredniorocznego-wskaznika-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-ogolem-w-2021-r-,50,9.html>

wnioskiem o waloryzację jest wzrost kosztów materiałowych na poziomie 10% względem cen z okresu referencyjnego.

Odwołujący podnosi, że tak wysoka zmiana cen materiałów lub kosztów ma charakter niezwykle rzadki, incydentalny i wywołana jest nadzwyczajnymi zdarzeniami gospodarczymi lub innymi okolicznościami np. kataklizmami. Celem art. 439 Ustawy jest zaś 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 nadzwyczajność, powoduje, że ww. klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 pzp, w tym w szczególności z jego celem. Odwołujący podkreśla, że na mocy przywołanego postanowienia umownego, wykonawca może ubiegać się o waloryzację jeśli cena materiału lub kosztu zwiększy się o 10% względem okresu ofertowania. Tymczasem dla usług niskomarżowych, stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, wzrost już na poziomie 2% powoduje ryzyko utraty płynności kontraktowej tj. nadwyżkę kosztów realizacji skutkującą stratą, której wykonawca nie może zrekompensować ani z założonych rezerw ani z zysku. Konsekwencją ww. ryzyka jest utrata jakości świadczenia lub odstąpienie wykonawcy od realizacji zamówienia.

Odwołujący podnosi, że ustalona w umowie maksymalna graniczna wartość partycypacji Zamawiającego w pokryciu wzrostu ww. cen jest niewystarczająca i niedostosowana do rzeczywistych warunków realizacji kontraktu oraz prognoz a jej celem jest zniesienie obowiązku Zamawiającego do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o art. 439 Ustawy.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający działając w oderwaniu do aktualnej sytuacji gospodarczej uznał, że 3% podwyżka wynagrodzenia realnie i sprawiedliwie sfinansuje zmienione koszty zamówienia a tym samym zabezpieczy jego trwałość i jakość. Tymczasem poziom ww. zmiany nie odzwierciedla aktualnych warunków ekonomicznych wykonania zamówień odpowiadających przedmiotowi zamówienia ani też warunków gospodarczych, w których realizowane jest zamówienie. Dostępne prognozy dotyczące czy to inflacji wewnętrznej, czy zewnętrznej nie potwierdzają, że ww. próg 3% odnosi się, do którejkolwiek z tych wartości albo jest konsekwencją jakiegokolwiek analizy ekonomicznej. Odwołujący zaznacza, że nawet jeśli ww. próg został określony na podstawie danych historycznych – co nie wynika z SWZ – to i tak ww. dane są nieaktualne. Oferty złożone w poprzednim postępowaniu zostały złożone w zupełnie innych warunkach gospodarczych. Na ceny ofert w ówczesnym postępowaniu, które miało miejsce w 2018 r. nie oddziaływały takie zjawiska i ryzyka jak podwyżka kosztów wytworzenia ww. materiałów (podwyższone koszty energii i paliw), podwyżka kosztów pracy, zmiany podatkowe oraz inflacja, zmiany na światowych rynkach finansowych związane z nałożeniem sankcji na Rosję, zmiany w wycenie walut i wciąż jeszcze epidemia covid – 19, która spowodowała wzrost cen środków i materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia; przerwanie łańcuchów dostaw, które są jedną z przyczyn ww. wzrostu cen; utrzymujące się do dzisiaj ograniczenia w dostępności ww. środków spowodowane zatrzymaniem transportów. Wobec powyższego ww. maksymalny poziom waloryzacji nie gwarantuje przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron.

Z uwagi na powyższe Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie odpowiada wymogom art. 439 pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu a nadto stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis 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 na

formułowaniu wskaźników z jednej strony bardzo mało prawdopodobnych (wzrost kosztu materiałów lub kosztów o 10%) a z drugiej zobowiązujących do nieistotnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący podkreśla, że na skutek ww. klauzuli Zamawiający podwójnie zabezpieczył się przed rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu co jest całkowicie sprzeczne z celem przepisem art. 439 Ustawy. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu cen stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych i w konsekwencji świadczy o dokonywaniu czynności prawnych sprzecznych z prawem lub mających na celu obejście prawa a więc czynności prawnych bezwzględnie nieważnych na podstawie art. 58 k.c.. Odwołujący podnosi więc, że w postępowaniu na skutek ww. wady nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalone racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnośc ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SWZ. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurencyjności w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Odwołujący podkreśla, że ze względu na termin realizacji umowy (blisko trzy lata), wykonawcy nie są w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen środków, materiałów czy niektórych usług. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia.

Odwołujący zaznacza także, że przenieście na wykonawcę całości lub większości ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zgodnie z art. 439 Ustawy nie może przenosić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a zachowania takie stawią naruszenie ww. przepisu Ustawy jak i zasad współżycia społecznego. W świetle art. 439 pzp niedopuszczalne jest, aby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. Wobec powyższego wymaganie od

wykonawców przewidywania kosztów realizacji zamówienia na okres trzech lat realizacji kontraktu wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców a nadto jest sprzeczny art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zaznacza również, że bezpośrednią konsekwencją opisanego naruszenia wymogu przejrzystości jest naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Zamawiający utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż wykonawcy konkurują w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia co do wzrostu kosztów.

IV. Postanowienia umowne – maksymalna wysokość kar umownych.

Zgodnie z postanowieniami § 13 ust. 4 projektu umowy:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony wynosi 30% wynagrodzenia należnego Wykonawcy określonego w § 9 ust. 1.

Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 30% wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia, wykonawca może nie otrzymać zapłaty za niemal 1/3 wykonanego zamówienia, gdyż wynagrodzenie to zostanie skonsumowane przez kary umowne. Z kolei Zamawiający nie dość, że osiągnie cel w jakim prowadzi postępowanie, czyli otrzyma usługę opisaną w SWZ, to jeszcze niejako uzyska zwrot istotnej części inwestycji poczynionej na wykonanie tejże usługi. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje również, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą sądów powszechnych wysokość kar, która w stosunku do wartości zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, uznawana jest za nadmierną dolegliwość, świadcząca o niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie dostępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r. sygn. akt: V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 20% (par. 9 ust. 1 pkt 2 projektu umowy).

W zakresie samej kary umownej należy wskazać, iż kara umowna 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 rażące 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.).

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 współzycia 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.

Odwołujący wskazuje również, że postanowienie ww. par. 13 ust. 4 jak i pozostałe postanowienia dotyczące kar, są niesymetryczne względem obowiązków Zamawiającego wobec wykonawcy. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie jest zobowiązany do zapłaty kary względem wykonawcy za jakiegokolwiek uchybienie w realizacji własnych obowiązków umownych. Tym samym Zamawiający nadużywa przysługującego mu prawa do kształtowania postanowień umownych. Wykonawca jest bowiem w dużo gorszej sytuacji i przysługują mu mniejsze prawa, niż Zamawiającemu w takiej samej sytuacji faktycznej. Okoliczność, że wykonawca na mocy umowy nie może obciążyć Zamawiającego żadną karą, nie jest obojętna dla sprawy. Zastrzeżenie dokonane przez Zamawiającego na swoją korzyść potwierdza bowiem wyżej przedstawione tezy Odwołującego, że kary umowne sformułowane we wzorze umowy zostały zdefiniowane niezgodnie z celem określonym w prawie cywilnym i nie służą także realizacji zasad Prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności nie zostały ustalone proporcjonalnie względem przedmiotu zamówienia.

V. Postanowienia umowne – kary umowne za opóźnienie; kary umowne wygórowane

Zgodnie z postanowieniami § 13 ust. 1 pkt 2 i 3 projektu umowy:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości:

(...)

- 2) 20% wartości, o której mowa w § 9 ust. 1 w przypadku wypowiedzenia, rozwiązania lub odstąpienia od umowy wskutek okoliczności zawnionych przez Wykonawcę;*
- 3) 0,2% wynagrodzenia brutto przysługującego Wykonawcy za dany miesiąc rozliczeniowy za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu czynności ustalonej w planie higieny oraz stwierdzenie naruszenia przez Wykonawcę warunku umowy;*

Odwołujący podnosi, że:

1. klauzula § 13 ust. 1 pkt 3 jest wadliwa gdyż:
 - 1) obciąża wykonawcę odpowiedzialnością za opóźnienie, mimo, że odpowiedzialność taka nie jest uzasadniona okolicznościami lub zakresem zamówienia (art. 433 pkt 1 Ustawy);
 - 2) dotyczy uchybień niezawnionych przez wykonawcę (kara za opóźnienie podczas, gdy kara umowna w myśl kodeksu cywilnego i zgodnie z orzecznictwem może być zastrzeżona za zwłokę);
 - 3) kara umowna w niej zastrzeżona jest wygórowana: wysokość kary jest obliczona od wartości całości wynagrodzenia wykonawcy skutkiem czego kara jest niewspółmierna do wartości uchybienia i wielokrotnie przekracza wartość uchybienia;
 - 4) kara umowna w niej zastrzeżona pozwala na naliczenia kary za nieokreślone, dowolne uchybienia w tym także za uchybienia nieistotne
 - 5) naliczenie kary jest uzależniona wyłącznie woli Zamawiającego nie wymaga przeprowadzenia dowodu na okoliczność, że uchybienie wystąpiło lub przeprowadzenia procedury reklamacyjnej
2. klauzula § 13 ust. 1 pkt 2 jest wadliwa gdyż:

- 1) wysokość ww. kary bezzasadnie abstrahuje od momentu, w którym następuje zakończenie umowy oraz od zakresu zrealizowanej już przez wykonawcę usługi. Odwołujący wskazuje, że dla wysokości ww. kary relewantna powinna być okoliczność, czy ewentualne zakończenie umowy następuje na początku, czy też pod koniec obowiązywania umowy;
- 2) kara umowna jest wygórowana;

W uzasadnieniu powyższego Odwołujący podnosi, że kara umowna 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.).

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. Uwagi wymaga, 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 ww. postanowienia projektu umowy nie zostały oparte na powyższych założeniach

Odwołujący podnosi, że naliczenie kar umownych zdefiniowanych w § 13 ust. 1 pkt 2 i 3 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.*

Kary te są wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, jednocześnie pełniąc funkcje represyjną, nie zaś kompensacyjną.

Biorąc pod uwagę zakres zamówienia, czas realizacji oraz własne wieloletnie doświadczenie Odwołującego można przyjąć, że kara umowna ustalona przez Zamawiającego w wysokości 0,2 % miesięcznego wynagrodzenia umownego wyniosłaby za jednorazowe uchybienie 14 000 zł. (do obliczenia przyjęto wartość wynagrodzenia z aktualnie obowiązującej umowy). Biorąc pod uwagę postanowienia aktualnego zamówienia kara ta będzie wielokrotnie wyższa.

Odwołujący podnosi ponadto, że ww. opis sposobu naliczania kary dopuszcza interpretację, zgodnie z którą Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wielokrotnego nakładania

ww. kary w jednym miesiącu skutkiem czego kara ta mimo, że już rażąco wysoka, w toku realizacji kontraktu może okazać się jeszcze wyższa. W ocenie Odwoływającego, ww. mechanizm w żaden sposób nie ma uzasadnienia w świetle podstaw ich zasądzania i wielokrotnie przekracza zadośćuczynienie dla szkód mogących powstać po stronie Zamawiającego lub osób trzecich.

W przypadku kary, przewidziane w par. 13 ust. 1 pkt 3 projektu umowy, przesłanki jej naliczenia nie zostały jasno sprecyzowane, co pozostawia Zamawiającemu nieograniczona swobodę w jej naliczaniu. Należy zwrócić uwagę, że kara ta wymagana jest za każde uchybienia stwierdzone przez Zamawiającego. Sposób stwierdzenia jest dowolny i zależy wyłącznie od woli Zamawiającego. Oznacza to, że nawet najmniejsze uchybienie, Zamawiający będzie mógł traktować jako uchybienie i naliczyć karę. Taka dowolność, w ocenie Odwoływającego, godzi w podstawowe zasady zarówno prawa cywilnego jak i Prawa zamówień publicznych.

Odwoływający 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. Ponadto naliczanie kar za opóźnienie jest niezgodne z art. 433 pkt 1 pzp.

Odwoływający zaznacza również, że karanie za jakiegokolwiek uchybienie w wykonaniu umowy jest nadmiernym rygoryzmem, nieuzasadnionym z punktu widzenia ochrony interesów Zamawiającego oraz nadmiernie obciążającym dla wykonawcy. Zamawiający winien wskazać rodzaj uchybień podlegających karze oraz zdefiniować te uchybienia tj. przynajmniej określić kategorie uchybień, oznaczyć ich ciężar, zidentyfikować konkretne zachowanie podlegające karze.

Odwoływający podnosi, że umowa powinna dokładnie określać na czym dokładnie ma polegać uchybienie. Brak precyzyjnego określenia ww. okoliczności powoduje z jednej strony niejednoznaczność w zakresie określenia obowiązków wykonawcy, a z drugiej – stwarza ryzyko przyjęcia niekorzystnej (zbyt szerokiej) dla wykonawcy interpretacji – w przypadku zaistnienia sporu pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym – czy konkretne zdarzenie/zachowanie można traktować jako podstawę i przyczynę nałożenia kary.

Odwoływający zaznacza, że zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 października 2017 r. (sygn. akt: V ACa 147/17): *stwierdzenie braku szkody, podobnie jak rozmiar ewentualnej szkody wywołanej opóźnieniem, zwłaszcza w relacji do wartości całego kontraktu, mają istotne znaczenie przy ocenie roszczenia dochodzonego tytułem kary umownej. Oceny czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu przepisu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając nie tylko wysokość powstałej szkody w związku z niewykonaniem zobowiązania, ale przede wszystkim przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenie kary, czy wagę i zakres nienależytego wykonania umowy.* W sprawie tej kara ze 100 tysięcy zł. została zmiarkowana do poziomu 5 tysięcy złotych.

Wskazane powyżej braki w zakresie podstaw i zasad naliczania kar umownych a więc elementu dotyczącego realizacji umowy i konsekwencji nienależytego wykonania umowy, należy uznać za dowodzące niejednoznaczności określenia przedmiotu zamówienia.

Odwoływający zaznacza również, że wykonawca chcąc w sposób odpowiedzialny i rzetelny przedstawić ofertę świadczenia zamawianych usług, musi mieć możliwość w miarę precyzyjnej oceny ryzyka związanego z umową. Zapisy umowy dotyczące kar umownych stanowią istotny

element tego ryzyka i muszą być jednoznaczne.

Odwołujący zaznacza także kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury, w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. akt: II CR 419/67: (...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.), kary umowne nie nalicza się.

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 zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.

VI. Postanowienia umowne – wypowiedzenie

Zgodnie z postanowieniami § 18 ust. 2 projektu umowy:

Zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę w trybie natychmiastowym w razie niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków umownych przez Wykonawcę.

Klauzula jest wadliwa gdyż:

- 1) dyskryminuje wykonawcę poprzez:
 - a) stworzenie możliwości uwolnienia się przez zamawiającego od długoterminowych zobowiązań kontraktowych z dowolnych powodów;
 - b) zwalnia zamawiającego z odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu wypowiedzenia umowy bez ważnego powodu;
 - c) obciąża wykonawcę ryzykiem poniesienia kosztów finansowych spowodowanych przedwczesnym wypowiedzeniem umowy przez Zamawiającego;
 - d) postanowienia umowne są niesymetryczne tj. zamawiający ma więcej uprawnień i są one bardziej niż ma wykonawcy w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej.
- 2) stanowi nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego w postępowaniu
- 3) stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do formułowania postanowień umownych.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej niedozwolone jest konkretyzowanie postanowień umownych uprawniających Zamawiających do wypowiedzenia umowy w dowolnym momencie trwania umowy. W ocenie KIO zastrzeżenie możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego danego rodzaju umowy - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę np. po 6-cio miesięcznym okresie jej obowiązywania.

Odwołujący podnosi, że przywołane postanowienie umowne pozwala Zamawiającemu na dowolne kreowanie przyczyn wypowiedzenia umowy. Odwołujący podnosi, że umowa

powinna enumeratywnie wskazywać przesłanki do wypowiedzenia umowy. Brak precyzyjnego określenia ww. okoliczności powoduje, że Zamawiającego, dopiero w toku realizacji umowy, arbitralnie zdecyduje o wyborze okoliczności uzasadniających wypowiedzenie. Okoliczności te mogą być przyczynami błahymi i niebagatelnymi. Wykonawca pozostaje więc w niepewności co do terminu realizacji kontraktu.

Odwołujący zaznacza również, że także zawarte w umowie uprawnienie do wypowiedzenia umowy z ważnych przyczyn są sformułowane przez Zamawiającego z naruszeniem prawa. Uprawnienia te bowiem zostały zastrzeżone wyłącznie dla Zamawiającego. Powyższe narusza zasadę równowagi stron stosunku cywilnoprawnego, świadczy o niesymetrycznym kreowaniu uprawnień stron, nadużyciu dominującej roli Zamawiającego a ostatecznie skutkuje dyskryminacją wykonawcy.

Odwołujący podkreśla ponadto, że prawo do wypowiedzenia umowy stanowi wyjątek od zasady trwałości stosunku prawnego, stąd jego zastosowanie nie powinno być uzależnione od nieistotnych naruszeń postanowień umowy przez dłużnika (wykonawcę). Odwołujący podkreśla również, że naruszenie obowiązków umownych przez dłużnika nie może służyć wierzycielowi wyłącznie jako pretekst do wycofania się z umowy, która okazała się dla niego niekorzystna.

Odwołujący zaznacza także, że w doktrynie podnosi się, iż ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Z uwagi na powyższe, wskazane postanowienia jako faworyzujące autora umowy, który czyni ze swego prawa użytek sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, naruszają art. 353¹ k.c. w zw. z art. 431 i nast. Pzp.

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.