

Wrocław, dnia 22 kwietnia 2021 r.

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

Odwołujący:

Praxima Krakpol Sp. z o.o.
ul. Dworcowa 2
32-540 Trzebinia
KRS: 0000008388
NIP: 6282003661
numer telefonu:
510 015 984
adres poczty elektronicznej:
j.filipiak@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko):
Joanna Filipiak

Zamawiający:

Akademia Wychowania Fizycznego im. Bronisława Czecha
al. Jana Pawła II 78 /pokój 305
31-571 Kraków
NIP: 6750001952
tel.: 12 6831052
strona internetowa:
www.awf.krakow.pl
adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:
www.awf.krakow.pl
pocztą elektroniczną Zamawiającego:
zamowienia.publiczne@awf.krakow.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Kompleksowe sprzątnie obiektów Akademii Wychowania Fizycznego im. Bronisława Czecha w Krakowie* (znak postępowania: K-2./03/2021).

- I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):
 1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 074-188011 w dniu 16.04.2021 r.
 2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Kompleksowe sprzątnie obiektów Akademii Wychowania Fizycznego im. Bronisława Czecha w Krakowie*. Numer referencyjny: K-2./03/2021.

II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 433 pkt 4, art. 455 ust. 1 pkt 1, Ustawy oraz art. 8, art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16, art. 17 Ustawy oraz art. 58 ustawy Kodeks cywilny poprzez:
 - a) brak wskazania w treści SWZ - projekcie umowy - minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
 - b) ustanowienie w treści SWZ - projekcie umowy - postanowień umożliwiających dowolną zmianę postanowień umowy w stosunku do treści wybranej oferty podczas, gdy inna, niż nieistotna zmiana umowy, wymaga sformułowania jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, nie skutkujących modyfikacją ogólnego charakteru umowy Ustawy Pzp, ale określających jednocześnie rodzaj i zakres zmian oraz warunki ich wprowadzenia;
 - c) dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której będzie on miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 Ustawy Pzp zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka ograniczenia wielkości zamówienia, która powinna być dokonywana w oparciu o racjonalne i jednoznaczne kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 Ustawy Pzp, istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.
- 2) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez wadliwe ustalenie w SWZ - projekcie umowy - postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia tj. ustalenie treści klauzuli waloryzacyjnej, która wyklucza aktualizację wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych, z realizacją zamówienia dla umów o usługi;
- 3) przepisów 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 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 Kodeksu cywilnego, w zw. z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez określenie w treści SWZ - projekcie umowy - kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie wartościowym nieadekwatnym do okoliczności oraz do wartości zamówienia;
- 4) przepisów art. 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 Kodeksu cywilnego, w zw. z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez ustanowienie w treści SWZ - projekcie umowy - maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 30% wartości wynagrodzenia brutto;
- 5) przepisów art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustanowienie w treści SWZ - projekcie umowy - uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania umowy z dowolnego powodu.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) w zakresie dotyczącym minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron oraz przewidywalnej zmiany umowy:

zmianę treści SWZ – projektu umowy – poprzez:

- a) sformułowanie jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, umożliwiających Zamawiającemu ograniczenia zakresu zamówienia o nie więcej, niż 25% wartości całkowitego wynagrodzenia umownego netto Wykonawcy, ustalonego w § 10 ust. 1 umowy;
- b) jasne, precyzyjne i jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu zmian umowy, o których mowa w § 14 ust. 2 i 3 oraz § 15 ust. 2 pkt 1 projektu umowy;
- c) jasne, precyzyjne i jednoznaczne określenie warunków wprowadzenia zmian, o których mowa w § 14 ust. 2 i 3 oraz § 15 ust. 2 pkt 1 projektu umowy.

- 2) w zakresie zarzutu dotyczącego waloryzacji, o której mowa w art. 439 pzp:

wprowadzenie do treści SWZ postanowień zgodnych z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych - klauzuli, na podstawie której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – tj. zmianę treści SWZ – projektu umowy – poprzez sformułowanie, postanowienia § 15 ust. 2 pkt 5 projektu umowy w następujący sposób:

Strony mogą dokonać zmian wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy (nie dotyczy wynagrodzeń pracowniczych – stosowane są zasady z ust. 2 pkt 4 powyżej) – w odniesieniu do materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, o średnioroczny wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS publikowanym w roku następnym za rok poprzedni, jeżeli w okresie trwania umowy wyniesie on co najmniej 2%. W takim wypadku Wykonawca przedstawi kalkulację materiałów i kosztów do akceptacji Zamawiającego. Wynagrodzenie może zostać podwyższone maksymalnie dwukrotnie w okresie obowiązywania umowy o nie więcej, niż 5 % pierwotnej wartości umowy.

- 3) w zakresie dotyczącym rażąco wysokich kar umownych:

zmianę treści SWZ – projektu umowy – poprzez sformułowanie postanowienia § 12 ust. 2 i 8 projektu umowy w następujący sposób:

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości i na zasadach wskazanych w ust. 3 niniejszego paragrafu, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowego lub nienależytego wykonania umowy, innego niż w przypadkach opisanych w §8 ust. 1 i 4 tj.:

- a) powtarzających się uchybieniach Wykonawcy (co najmniej 2-krotnych, w odstępach krótszych, niż 31 dni) polegających na brakach środków czyszczących i higienicznych, wpisach do zeszytu, zwłoki w wykonywaniu czynności sprzątnia, brakach personelu sprzątającego, niestosowaniu się do zakazów określonych w § 6 ust. 3 umowy, naruszeniach wpływających na bezpieczeństwo, tj.: niewyłączanie własnych urządzeń, niezamykanie okien, niezgodnym z przepisami prawa postępowaniu z odpadami;
- b) każdorazowym: stosowaniu środków czyszczących oraz urządzeń niespełniających wymogów niniejszej umowy i braku ich zmiany w określonym terminie.

3. Zamawiający jest uprawniony do naliczania kary umownej za każde naruszenie, o którym mowa w ust. 2 lit. a i b w wysokości 0,5% wartości brutto miesięcznego wynagrodzenia, wskazanego w fakturze skierowanej do zapłaty wystawionej za miesiąc, w którym doszło do nienależytego lub nieprawidłowego wykonania umowy. Kara umowna może być rozliczona poprzez potrącenie jej przez Zamawiającego

z należności wynikającej z faktury wystawionej za okres, w którym doszło do zaniedbań, do czego Wykonawca nieodwołanie upoważnia Zamawiającego lub z następnych faktur, jeżeli poprzednie zostały już zapłacone. Wypłatę wynagrodzenia pomniejszonego o naliczoną karę uważa się za jej potrącenie. Fakt nieprawidłowego wykonania umowy stwierdza i opisuje przedstawiciel Zamawiającego i przedstawia ten opis Wykonawcy.

8. *Kary umowne mogą być nakładane wielokrotnie w zależności od liczby naruszeń, ale w łącznej wysokości nie wyższej, niż 15% wartości brutto miesięcznego wynagrodzenia, wskazanego w fakturze skierowanej do zapłaty wystawionej za miesiąc, w którym doszło do nienależytego lub nieprawidłowego wykonania umowy. Nie nalicza się kar umownych, w sytuacji, gdy niewykonanie usługi spowodowane było okolicznościami, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności np. zakłócenia w dostawie energii elektrycznej, wody a także jeżeli do nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę doszło wskutek okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.*

- 4) w zakresie dotyczącym maksymalnej wysokości kar umownych:
zmianę treści SWZ – projektu umowy – poprzez sformułowanie postanowienia § 12 ust. 9 projektu umowy w następujący sposób:

Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 20% całkowitej wartości umowy brutto, o której mowa w § 10 ust. 1 umowy.

- 5) w zakresie dotyczącym wypowiedzenia umowy:
zmianę treści SWZ – projektu umowy – poprzez usunięcie postanowienia § 13 ust. 1, 2 projektu umowy oraz sformułowanie postanowienia § 13 ust. 1, 2 projektu umowy w następujący sposób:

1. *Każdej ze Stron przysługuje uprawnienie do wypowiedzenia umowy z zachowaniem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca.*
2. *Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia.*

- 6) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) - 5) powyżej

oraz z daleko idącej ostrożności w przypadku upływu terminu składania ofert lub otwarcia ofert przed rozpoznaniem przez KIO niniejszego odwołania – podnoszę, że w postępowaniu został naruszony art. 254 pkt 6 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem przez Zamawiającego czynności z naruszeniem Ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania i wnoszę o nakazanie unieważnienia postępowania.

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, zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

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

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy odwołanie wobec treści dokumentów wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

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

Publikacja ogłoszenia nastąpiła w dniu 16.04.2021 roku opublikował co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Kompleksowe sprzątnięcie obiektów Akademii Wychowania Fizycznego im. Bronisława Czecha w Krakowie*. Numer referencyjny: K-2./03/2021; w trybie przetargu nieograniczonego.

I. MINIMALNA WILKOŚĆ ZAMÓWIENIA; ISTOTNA ZMIANA UMOWY

Zgodnie z postanowieniami SWZ:

projekt umowy § 14 ust. 2 i 3

2. *Usługa będzie świadczona w sposób ciągły, za wyjątkiem sytuacji, gdy w związku z ogłoszeniem stanu epidemii lub stanu nadzwyczajnego, czasowym zawieszeniem zajęć dydaktycznych wskutek Ustaw lub Rozporządzeń wydanych przez powołane do tego Organy Państwowe, kwarantanną wynikającą z decyzji właściwych organów lub przepisu prawa lub decyzji Władz Uczelni o zawieszeniu lub ograniczeniu zajęć, Zamawiający zamknie lub znacząco ograniczy dostęp do obiektów albo znacząco ulegnie zmniejszeniu liczba osób przebywających w obiektach, w których wykonywany jest przedmiot umowy. W takim przypadku Zamawiający może zawiesić lub ograniczyć zakres świadczonej usługi, o czym poinformuje Wykonawcę z minimum 3 dniowym wyprzedzeniem.*
3. *Ograniczenie świadczenia usług sumarycznie (zliczając wszystkie okresy) w okresie obowiązywania umowy nie może doprowadzić do sytuacji, w której wartość umowy będzie niższa niż 25 % całkowitej wartości umowy brutto, o której mowa w § 10 ust. 1 umowy.*

projekt umowy § 15 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 10

2. *Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w następującym zakresie:*

- 1) *Zamawiający przewiduje możliwość zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy w tym w szczególności w zakresie ograniczenia świadczeń do których zobligowany jest Wykonawca, w przypadku gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a zmiany te są związane z przyczynami organizacyjnymi leżącymi po stronie Zamawiającego m.in. remont, zmiana przeznaczenia pomieszczenia, warunkami atmosferycznymi mającymi wpływ na realizację przedmiotu umowy, czasowym zawieszeniem zajęć dydaktycznych wskutek ustaw, rozporządzeń organów państwowych, kwarantanną wynikającą z decyzji właściwych organów lub przepisu prawa, albo decyzji władz Uczelni o zawieszeniu lub ograniczeniu zajęć, znaczącym ograniczeniem dostępu do obiektów albo znaczącym zmniejszeniem liczby osób przebywających w obiektach, w których wykonywany jest przedmiot umowy,*

w tym w szczególności studentów i osób trzecich w związku z sytuacją epidemiologiczną.

- na zasadach i w sposób określony poniżej, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania Umowy przez Wykonawcę.

10. W przypadku zmiany wynikającej z okoliczności opisanych w ust. 2 pkt 1), możliwym jest ograniczenie zakresu świadczonych usług, zwiększenie ich lub zmiana częstotliwości (zwiększenie oraz zmniejszenie). W takim przypadku Wykonawca może wezwać Zamawiającego do przedstawienia kalkulacji i strony uzgodnią zmianę wynagrodzenia, jeżeli zakres zmian wpływa na jego wartość.

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia par. 14 i 15, noszą znamiona klauzuli ograniczającej wielkość zamówienia, jak i klauzuli dotyczącej istotnej zmiany umowy. Ograniczenie wskazane w par. 14 dotyczy zdarzeń wywołanych epidemią covid-19. Do ww. postanowienia umownego znajdują zastosowanie zarówno regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i ustawy Kodeksu cywilnego, w tym m.in. przepisy w zakresie dotyczącym tak swobody kontraktowania, jak i siły wyższej. Zgodnie z dobrymi praktykami wypracowanymi na terenie RP od marca 2020 r. oraz standardami znanymi w prawie międzynarodowym przed 2020 r. podstawowymi elementami klauzuli dotyczącej siły wyższej tj. również „klauzuli COVID-19” powinny być m.in.:

- 1) oświadczenie stron, co do świadomości obecnych ograniczeń i sytuacji rynkowej, oraz zdolności do wykonania zobowiązań w warunkach istniejących na dzień zawarcia umowy;
- 2) regulacje dotyczące przewidywalnych zdarzeń obiektywnie utrudniających lub wyłączających możliwość wykonania zakresu obowiązków;
- 3) uzgodnienie stron, że wystąpienie czynnika o negatywnym wpływie daje, stronie umowy dotkniętej działaniem takiego czynnika, prawo do skorzystania z uprawnień przewidzianych klauzulą w trybie tam opisanym;
- 4) uprawnienia strony dotkniętej działaniem czynnika o negatywnym wpływie powinny być skorelowane z jego naturą, a w szczególności faktem, czy jego wystąpienie jedynie znacząco utrudnia wykonanie zobowiązania, czy też je uniemożliwia;
- 5) rozstrzygnięcie o kosztach związanych z wystąpieniem czynnika o negatywnym wpływie i uruchomieniem uprawnień z nim powiązanych.

Klauzula sformułowana w par. 14 projektu umowy zawiera elementy klauzuli, o których mowa w powyższym pkt 2 – 5, zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Na mocy postanowienia par. 14 projektu umowy, Zamawiający jest uprawniony do zredukowania wynagrodzenia Wykonawcy o 75%. Biorąc pod uwagę, że obniżenie to obliczane będzie od kwoty brutto wynagrodzenia Wykonawcy, to realna wysokość obniżki wynagrodzenia Wykonawcy może być wyższa niż ww. 75%. Zamawiający ograniczając wielkość zamówienia, nie znosi jednocześnie, żadnego z innych, niż świadczenie pracy obowiązków Wykonawcy. Wykonawca jest więc zobowiązany np. do ciągłego utrzymywania w gotowości kadr niezbędnych do realizacji zamówienia, zatrudnionych - zgodnie z umową - na umowę o pracę. Zamawiający nie rekompensuje kosztów ww. zatrudnienia, ani też żadnych innych kosztów związanych z utrzymaniem gotowości Wykonawcy do realizacji usługi. Tytułem przykładu Odwołujący zaznacza, że Wykonawca zobowiązany jest przez cały okres realizacji umowy utrzymywać zabezpieczenie należytego wykonania umowy na poziomie 5% wartości umowy. Wysokość ww. zabezpieczenia pozostaje niezmienna również w przypadku, gdy rzeczywista wielkość zamówienia będzie realizowana przez Zamawiającego na poziomie 20% lub nawet 25% i to w sposób *de facto* trwały. Pomimo ponoszenia przez Wykonawcę kosztów stałych kontraktu (np. w ww. aspektach), Zamawiający ogranicza się wyłącznie do zapłaty za usługę w zrealizowanej faktycznie części, a więc bez kosztów utrzymania gotowości usługi. Z uwagi na powyższe, klauzula ta stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienie par. 14 jest niekorzystne i dyskryminujące wobec Wykonawcy. Wykonawca został bowiem obciążony całością ryzyka, które może wystąpić w związku siłą wyższą tj. trwającą epidemią covid-19. Postanowienia umowne uwalniają Zamawiającego od wszelkich ciężarów związanych wystąpieniem siły wyższej przy jednoczesnym utrzymaniu gwarancji podjęcia pełnej realizacji usługi przez Wykonawcę na wezwanie tj. w dowolnym momencie i na dowolny czas. Postanowienia te nie mają

więc na celu dostosowania umowy (stosunku prawnego) do sytuacji zmienionej siłą wyższą. Wyłącznym celem ww. postanowień jest ochrona Zamawiającego przed skutkami siły wyższej. Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron wyrażonej w art. 431 pzp oraz swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353(1) Kodeksu cywilnego. Ze względu na cel ww. regulacji, uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący podnosi, że okoliczności wymienione przez Zamawiającego w ww. par. 15, nie mają charakteru nieprzewidywalnego. Remonty w instytucjach publicznych mają charakter planowy. Plan ten jest bezpośrednio związany ze sposobem finansowania, który wymaga sporządzenia planu finansowego – budżetu. Remonty, jako wydatki budżetowe, tak samo, jak i inne wydatki, są w takim budżecie zaplanowane. Remonty *ad hoc* dotyczą zwykle sytuacji losowych i zwykle są związane z usuwaniem awarii np. uprzątnięcie skutków zatkanej kanalizacji. Z uwagi na powyższe Odwołujący wskazuje, że okoliczności uprawniające Zamawiającego do ograniczenia umowy zostały sformułowane dowolnie, a nie swobodnie. Zamawiający może po podpisaniu umowy w sposób niemalże nieograniczony redukować wielkość zamówienia, powołując się na dowolne okoliczności w ww. par. 15.

Odwołujący podnosi również, że ww. postanowienia par. 14 i 15 projektu umowy nie spełniają wymogów art. 455 ust. 1 pzp tj. nie zawierają wymaganych ww. przepisem pzp elementów, warunkujących zmianę umowy.

Odwołujący zaznacza ponadto, że powyższe postanowienia nie zawierają ani wskazania minimalnej wartości przedmiotu zamówienia, ani wielkości świadczenia stron w myśl art. 433 pkt 4 ustawy. Postanowienia te noszą tym samym znamiona klauzul abuzywnych, o której mowa w art. 433 pkt 4 pzp.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podnosi również, że, wyłączając postanowienia par. 14 ust. 3 projektu umowy; SWZ nie zawiera innych regulacji określających minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Postanowienia par. 15 umożliwiają Zamawiającemu ograniczenie wielkości zamówienia. Postanowienie to, jak wynika z treści projektu umowy, należy odczytywać jako istotne zmiany umowy. Ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego może więc przekraczać ustawowy poziom 10% wartości pierwotnej umowy. Z uwagi na powyższe, postanowienie par. 15 nosi znamiona klauzuli abuzywnej, o której mowa w art. 433 pkt 4 pzp, gdyż nie zawiera informacji o maksymalnej wielkości ograniczenia.

W zakresie postanowień par. 14, Odwołujący podnosi, że również i ono narusza ww. 433 pkt 4 pzp. Możliwość ograniczenia zamówienia do 25% wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, oznacza, że minimalna wielkość zamówienia została określona w sposób pozorny. Zamawiającemu przysługuje bowiem prawo do dowolnej zmiany wielkości umowy. Odwołujący podnosi, że zarówno postanowienia par. 14 jak i 15 projektu umowy, nie stanowi jednoznacznej deklaracji Zamawiającego, co do wielkości zamówienia lub gwarancji do tejże wielkości. Przywołane postanowienie dowodzą, że dwuletnia wielkość kontraktu i tym samym rzeczywiste potrzeby Zamawiającego są zdecydowanie poniżej założeń i wartości określonych w SWZ, oraz, że mogą nie przekroczyć nawet 25% przewidywanego wynagrodzenia Wykonawcy. Tym samym w ocenie Odwołującego wątpliwym jest, aby podany w SWZ zakres zamówienia był wartością i wielkością rzeczywistą, która powinna stanowić podstawę wyceny oferty. Z uwagi na powyższe, brak wskazania w SWZ gwarantowanej wielkości zamówienia, stanowi rażące naruszenie Ustawy Pzp w tym w szczególności naruszenie art. 433, art. 455 oraz art. 99 pzp a nadto jest sprzeczne z prawem z uwagi na zasady prawa cywilnego.

Odwołujący uzasadnia dodatkowo, że ww. postanowienia umowne są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż dopuszczają dowolną zmianę umowy względem treści złożonej oferty. Zmiana ta nie jest określona i sprecyzowana w myśl reguł określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp, ani też żadnych

innych reguł i zasad wynikających z pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem pzp, aby zmiana umowy była dopuszczalna, musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian, warunki wprowadzenia ww. zmian. Zmiana taka nie może także skutkować modyfikacją ogólnego umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienia umowne nie zawierają żadnego z przywołanych elementów wymaganych ustawą pzp to jest ono sprzeczne z ww. ustawą. Uwagi wymaga również, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniach umownych są, w niektórych przypadkach, zależne wyłącznie od woli Zamawiającego.

Na skutek przywołanych powyżej postanowień umownych Wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż czasowe wyłączenia części powierzchni z realizacji zamówienia nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego. Wykonawca zobowiązany zaś jest ponieść określone koszty stałe, takie jak nabycie i utrzymanie określonej ilości środków czystości i sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, koszty kredytu, leasingu itp.; zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi, powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie Wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi Wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali - koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego, w takim wypadku, Wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że Wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert Zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, Wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości – w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji. Zasoby te Wykonawca mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości, a asortyment (np. zakupione środki czystości) - może utracić datę przydatności do użycia.

W konsekwencji, uzasadniony był zabieg ustawodawcy, pozwalający zagwarantować Wykonawcy minimalny pułap wielkości zamówienia, którego Zamawiający zmniejszyć nie może.

Ponadto, 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 wyroku z 02.01.2017 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 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”.

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. Powyższe oznacza, 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. Stanowisko to 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 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 zasadą 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 faktycznej, a nieszacowanej ilości, które zakupi Zamawiający. Tak, więc inna cena będzie dla maksymalnej ilości zadeklarowanej SWZ, a inna dla ilości pomniejszych 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.

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

tw. 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 sprzątanym powierzchni 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

Odwołujący wskazuje, że brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron wpływa na decyzję Wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg Wykonawców zainteresowanych małym - niewielkim, co do wolumenem - zamówieniem jest inny, niż dużym.

Odwołujący podnosi również, że ww. postanowienie umowne jest niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż dopuszcza dowolną zmianę umowy względem treści złożonej oferty. Zmiana ta nie jest określona i sprecyzowana w myśl reguł określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp, ani też żadnych innych reguł i zasad wynikających z pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem pzp, aby zmiana umowy była dopuszczalna, musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian, warunki wprowadzenia ww. zmian. Zmiana taka nie może także skutkować modyfikacją ogólnego umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienie umowne nie zawiera żadnego z przywołanych elementów, wymaganych ustawą pzp, to jest ono sprzeczne z ww. ustawą. Uwagi wymaga również, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniu umownych stoją w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania. Na mocy przywołanego postanowienia umownego dozwolone jest bowiem wykreowanie po udzieleniu zamówienia innego lub nawet nowego zobowiązania Wykonawcy, niż to, które było przedmiotem postępowania. Odwołujący podkreśla, że tego rodzaju zmiany są zakazane w myśl pzp i dotyczą tak zmian nieistotnych zmian umowy jak i istotnych.

Odwołujący podkreśla, że zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany umowy, wymaga jasnych, precyzyjnych i *jednoznacznych postanowień umownych*. Przywołane postanowienie umowne nie spełnia ww. wymogów. Dopuszczalna przez Zamawiającego wielkość, zakres i okoliczności zmiany jest właściwie nieograniczona, a nadto stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego (prawa do kształtowania postanowień umownych) przysługujących Zamawiającemu. Przedstawione stanowisko jest zgodne z opinią UZP, wydanej na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowującej aktualność, w myśl której *zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, Zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności).* (opinia UZP: Jak Należy formułować klauzule umowne w oparciu o art 144 ust. 1 Ustawy Pzp).

Odwołujący zaznacza także, że przesłanki przewidziane w ustawie pzp są zgodne z treścią art. 72 Dyrektywy klasycznej 2014/24/UE. W punkcie 109 preambuły Dyrektywy wskazano ponadto, że zmiana umowy nie może nastąpić w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, rozumianą na przykład jako zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia, lub jako całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takim przypadku można każdorazowo zakładać potencjalny wpływ na wynik postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) po raz pierwszy wypowiedział się na temat możliwości wprowadzania zmian w zawartych umowach w sprawie Komisja przeciwko Francji (C-337/98), stwierdzając, iż w świetle prawa wspólnotowego, ze względu na cel zapewnienia zasady przejrzystości i równego traktowania Wykonawców, zmiany w postanowieniach umowy w czasie jej trwania są równoznaczne z udzieleniem nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Doprecyzowanie tego stanowiska TSUE nastąpiło orzeczeniem z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 (pressetext Nachrichtenagentur BmbH przeciwko Republice Austrii), w którym Trybunał podniósł, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną w sytuacji, kiedy wprowadza warunki, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona, a także modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść Wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

Wobec powyższego, Odwołujący podnosi, że ww. postanowienie umowne jest sprzeczne z ustawą pzp. Sprzeczność z ustawą ww. postanowienia polega na tym, że nie zawiera ono żadnego z obligatoryjnych elementów opisu zmiany umowy wymaganego art. 455 ust.1 pkt 1 mimo, że może być stosowane również w przypadku istotnej zmiany treści umowy, w tym także zmiany skutkującej zmianą treści oferty. Postanowienie to legalizuje więc nieokreśloną, dowolną zmianę kontraktu uzależnioną wyłącznie od woli stron co stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą przejrzystości.

II. WALORYZACJA NA PODSTAWIE ART. 439 USTAWY PZP

Zgodnie z § 14 ust. 2 pkt 5 i ust. 9

2. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w następującym zakresie:

- 1) Strony mogą dokonać zmian wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy (nie dotyczy wynagrodzeń pracowniczych – stosowane są zasady z ust. 2 pkt 4 powyżej) – w odniesieniu do materiałów, o średnioroczny wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS publikowanym w roku następnym za rok poprzedni, jeżeli w okresie trwania umowy wyniesie on więcej niż 6 %. W takim wypadku Wykonawca przedstawi kalkulację materiałów i kosztów do akceptacji Zamawiającego. Wynagrodzenie może zostać podwyższone maksymalnie dwukrotnie w okresie obowiązywania umowy o nie więcej niż 5 % pierwotnej wartości umowy.

Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi: 24 miesiące.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku aktualizacji wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, że ww. klauzula, zwiera ograniczenie, które *de facto* zwalnia Zamawiającego z obowiązku partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Zgodnie z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa o ile średnioroczny wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS publikowanym w roku następnym za rok poprzedni wyniesie w okresie trwania umowy więcej niż 6%. Odwołujący podnosi, że ww. wskaźnik w ostatnich 20 latach ani razu nie tylko nie przekroczył, ale nawet nie osiągnął 6%. Wobec powyższego, tak ustalona klauzula powoduje, że Zamawiający jest pewny, że będzie zwolniony waloryzacji, gdyż nie zostanie osiągnięty wskaźnik warunkujący ww. aktualizację. Tym samym przywołane postanowienie umowne powoduje, że Zamawiający *de facto* uniknie waloryzacji. Działanie takie jest sprzeczne zarówno a art. 438 Ustawy pzp jak i Kodeksem cywilnym i nosi znamiona postanowienia umownego mającego na celu obejście prawa.

Odwołujący podnosi również, że ww. klauzula jest wadliwa, gdyż nie precyzuje według jakiego wskaźnika zostaną zwaloryzowane koszty związane z realizacją zamówienia. Zgodnie z ww. postanowieniem umownym wskaźnik waloryzacyjny został określony wyłącznie dla materiałów. Wskaźnik dla kosztów nie został wskazany. Wobec powyższego, w zakresie dotyczącym waloryzacji kosztów, klauzula umowna nie zawiera wymaganej art. 439 ust. 2 pkt 2 sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza również, że Zamawiający w sformułowanej przez siebie klauzuli wykluczył jej zastosowanie do podstawowych elementów kosztotwórczych usługi. Zamawiający wskazał, że aktualizacja wynagrodzenia nastąpi wyłącznie w przypadku zmiany cen materiałów, niezbędnych do realizacji zamówienia tj.: *de facto* środków czystości. Tymczasem podstawowym kosztem realizacji zamówienia są koszty pracownicze. Mając na względzie, że na rynku pracy coraz częściej oczekiwane jest zatrudnienie wg stawek przekraczających powszechnie obowiązujące minimalne wynagrodzenie to pominięcie ww. czynnika jako podstawy waloryzacji jest sprzeczne z celem art. 439 pzp. Pominięcie ww. czynnika świadczy o rzeczywistej woli Zamawiającego, którą jest uniknięcie partycypacji w zmienionych kosztach wykonania zamówienia. Pominięcie powszechnie znanych i oczywistych kosztów realizacji zamówienia jako podstawy do aktualizacji wynagrodzenia, narusza przepisy pzp. Odwołujący zaznacza, że przysługujące Zamawiającemu prawa do formułowania treści swz ma charakter swobodny a nie dowolny. Z tego też powodu formułowanie postanowień waloryzacyjnych w oderwaniu od realiów wykonania zamówienia, nie stanowi wykonywania prawa, ale jest czynienie ze swego prawa użytku sprzecznego z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem.

Klauzula opisana powyżej ma kluczowe znaczenie dla ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia Wykonawcy zamówienia, zatem jej postanowienia powinny być maksymalnie precyzyjne i jasne, tak aby były jednolicie interpretowane i stosowane przez wszystkich oferentów, a następnie – po zawarciu umowy - przez każdą ze stron umowy. Naruszeniem ustawy jest bowiem takie sformułowanie postanowień umowy, które daje jednej ze stron możliwość jednostronnego kształtowania wysokości własnego świadczenia (długu) a tym samym wiarytelności drugiej strony umowy.

Podkreślenia wymaga fakt, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest realizacja niskomarżowych usług porządkowo czystościowych. Oczywistym jest, iż wszelkie wątpliwości Wykonawców co do sposobu ustalania wysokości wynagrodzenia mają istotne znaczenie i wymierny wpływ na wycenę oferty, gdyż wszelkie, nawet wydawałoby się nieznaczne różnice w interpretacji zapisów dotyczących waloryzacji, mogą skutkować korektą wynagrodzenia, której nominalna wartość może być wysoka.

Odwołujący zaznacza również, że ww. umowna klauzula waloryzacji, ze względu na art. 439 pzp nie może być formułowana dowolnie a w tym w szczególności w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Ponadto klauzula ta nie ma charakteru nieograniczonego, również z tego powodu, że w stosunku do tego rodzaju postanowienia umownego, tak jak do każdego innego, ma zastosowanie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według własnego uznania, byleby treść lub cel umowy nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Przykładem sprzeczności z naturą umowy gospodarczej jest przyznanie wyłącznie jednej stronie stosunku zobowiązaniowego możliwości zmiany istotnych warunków umowy - gdyż takie zachowanie nie powinno mieć miejsca. Zastosowanie klauzuli aktualizacyjnej w umowie powoduje, że Wykonawca już na etapie składania oferty wie, że może otrzymać wynagrodzenie inne niż kalkulowane na etapie oferowania a zatem wiąże się to z pewnym ryzykiem. Ryzyko płynące z istnienia ww. klauzuli należy ponadto analizować i oceniać w powiązaniu z ryzykiem zmiany cen towarów i usług, mających wpływ na koszty realizacji zamówienia. W przypadku kontraktów realizowanych w długich okresach czasu Wykonawca musi bowiem zarządzić ryzykiem zmiany cen materiałów i usług, które trudno jest precyzyjnie ocenić. Istotą prawidłowego mechanizmu waloryzacyjnego winien być miernik, którego stosowanie jest oparte na jasno i precyzyjnie określonych mechanizmach i regułach matematycznych, tj. miernik o charakterze obiektywnym i niespekulacyjnym, wskazany w umowie w sposób jednoznaczny, którego sposób zastosowania (mechanizm) został w umowie wskazany w sposób jasny i nie umożliwiający rozbieżnych interpretacji jak również prowadzenia pomiędzy stronami negocjacji, co do ostatecznej wysokości wynagrodzenia. Zastosowanie określonego miernika wymaga analizy na etapie składania oferty i ustalania ceny, z uwzględnieniem skutków, jakie niesie za sobą przyjęcie w umowie waloryzacji w oparciu o daną wartość lub wskaźnik. Niebudzące wątpliwości i precyzyjne sformułowanie klauzuli adaptacyjnej, będące ustawowym obowiązkiem Zamawiającego, jest zatem niezbędne dla prawidłowej oceny ryzyka i oszacowania kosztów realizacji zamówienia. Miernika tego brak w odniesieniu do kosztów wykonania usługi.

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 także 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 (ww. 6%) i oderwanych od głównych kosztów wykonania zamówienia, a z drugiej zobowiązujących do nieokreślonej zmiany wynagrodzenia. Odwołujący podkreśla, że na skutek ww. klauzuli Zamawiający co najmniej podwójnie zabezpieczył się przed

rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu, co jest całkowicie sprzeczne z celem przepisem art. 439 pzp. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu cen lub kosztów 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 Kodeksu cywilnego. 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 ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno Wykonawcy jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.

Odwołujący podnosi również, 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 konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by Wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

Odwołujący zaznacza także, że przerzucanie na Wykonawcę całości 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 przerzucać 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 czterech 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.

III. RAŻĄCO WYSOKIE KARY UMOWNE

Zgodnie z § 12 ust. 2, 3 i ust. 8 projektu umowy:

3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości i na zasadach wskazanych w ust. 3 niniejszego paragrafu, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowego lub nienależytego wykonania umowy, innego niż w przypadkach opisanych w § 8 ust. 1 i 4, w szczególności w razie:
 - c) powtarzających się uchybieniach Wykonawcy (co najmniej 2 krotnych w odstępach krótszych niż 31 dni): w szczególności brakach środków czyszczących i higienicznych, negatywnych protokołach pokontrolnych, wpisach do zeszytu, zwłoki w wykonywaniu czynności sprzątnia, brakach personelu sprzątającego, niezgodności osób pracujących ze wskazanymi, niestosowaniu się do zakazów określonych w § 6 ust. 3 umowy, innych naruszeniach wpływających na bezpieczeństwo (niewyłączanie własnych urządzeń, niezamykanie okien), niewłaściwym postępowaniu z odpadami, niewyłączanie oświetlenia w pomieszczeniach,
 - d) każdorazowym: stosowaniu środków czyszczących oraz urządzeń niespełniających wymogów niniejszej umowy i braku ich zmiany w określonym terminie, braku udziału w kontroli, o której mowa w § 7 ust. 6 oraz nieusunięcia nieprawidłowości stwierdzonych w protokole pokontrolnym i w terminie, o których mowa, o którym mowa w § 7 ust. 7..
4. Zamawiający jest uprawniony do naliczania kary umownej za każde naruszenie, o którym mowa w ust. 2 lit. a i b w wysokości 20% wartości brutto miesięcznego wynagrodzenia za dany temat, wskazanego w fakturze skierowanej do zapłaty wystawionej za miesiąc, w którym doszło do nienależytego lub nieprawidłowego wykonania umowy. Kara umowna może być rozliczona poprzez potrącenie jej przez Zamawiającego z należności wynikającej z faktury wystawionej za okres, w którym doszło do zaniedbań, do czego Wykonawca nieodwołanie upoważnia Zamawiającego lub z następnych faktur, jeżeli poprzednie zostały już zapłacone. Wypłatę wynagrodzenia pomniejszonego o naliczoną karę uważa się za jej potrącenie. Fakt nieprawidłowego wykonania umowy stwierdza i opisuje przedstawiciel Zamawiającego i przedstawia ten opis Wykonawcy.
8. Kary umowne mogą być nakładane wielokrotnie w zależności od liczby naruszeń. Nie nalicza się kar umownych, w sytuacji, gdy niewykonanie usługi spowodowane było okolicznościami, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności np. zakłócenia w dostawie energii elektrycznej, wody a także jeżeli do nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę doszło wskutek okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający

Odwołujący podnosi, że naliczenie ww. kar umownych 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.*

Odwołujący zaznacza, że ww. kary umożliwiają nałożenie kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy - bez określenia zamkniętego, doprecyzowanego katalogu tychże naruszeń. Postanowienie par. 12 ust. 2 lit. a) projektu umowy umożliwia Zamawiającemu w sposób dowolny traktować poszczególne zdarzenia, jako uprawniające do naliczenia kary umownej. Odwołujący podkreśla, że w ww. klauzuli Zamawiający posługuje się sformułowaniem w szczególności. Powyższe oznacza, że katalog okoliczności uprawniających

Zamawiającego do naliczenia kar umownych jest otwarty. Tym samym Zamawiający może nakładać na Wykonawcę kary umowne nie tylko za uchybienia nazwane w ww. klauzuli, ale za każde uchybienie w realizacji kontraktu. Skutkiem powyższego nawet najmniejsze uchybienie, Zamawiający będzie mógł traktować jako przyczynę do naliczenia kary. Taka dowolność w ocenie Odwołującego, godzi w podstawowe zasady zarówno prawa cywilnego jak i Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje, że kary są rażąco wygórowane, gdyż nawet w przypadku drobnego uchybienia będzie mogła być naliczona kara przekraczająca nawet kilkukrotność wartości uchybionej czynności. Odwołujący podnosi również, że ww. kary mogą dotyczyć uchybień, które nie tylko nie spowoduje szkody po stronie Zamawiającego, ale również nie obniży w najmniejszym stopniu jakości świadczonych usług. Nakładanie zatem na Wykonawcę wysokich kar umownych może nastąpić pomimo zapewnienia ciągłości usługi i nie obniżenia jej jakości. Odwołujący wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 29 listopada 2013 roku, sygn. akt I CSK 124/13, *kara umowne nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody.*

Odwołujący podnosi, że niejasna jest również sama wysokość ww. kar, gdyż Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie wyjaśnił jak należy rozumieć sformułowanie *miesięcznego wynagrodzenia za dany temat*. Biorąc pod uwagę, że zamówienie jest podzielone na części Odwołujący pod pojęciem „temat” rozumie miesięczną wartość umowy dla danej części zamówienia. Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, że kary te mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy. Odwołujący za Sądem Apelacyjnym w Szczecinie wskazuje, że w (wyrok z dnia 24 kwietnia 2014 r. sygn. akt I ACa 26/14) *ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp.*

Biorąc pod uwagę zakres zamówienia, czas realizacji oraz własne wieloletnie doświadczenie Odwołującego można przyjąć, że kara umowna ustalona przez Zamawiającego w wysokości 20 % miesięcznej wartości umowy konsumowałoby wynagrodzenie Wykonawcy już po 7 – miu choćby błahych uchybienia Wykonawcy. Odwołujący podnosi ponadto, że ww. opis sposobu naliczania kary jednoznacznie wskazuje, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wielokrotnego nakładania kar w jednym miesiącu skutkiem czego kara mimo, że już pojedynczo (dla jednego zdarzenia) rażąco wysoka, w toku realizacji kontraktu może okazać się jeszcze wyższa. W ocenie Odwołującego, ww. mechanizm w żaden sposób nie ma uzasadnienia i wielokrotnie przekracza zadośćuczynienie dla szkód mogących powstać po stronie Zamawiającego lub osób trzecich.

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.

IV. MAKSYMALNA WYSOKOŚĆ KAR UMOWNYCH

Zgodnie z postanowieniem § 12 ust. 9 projektu umowy:

Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 30% całkowitej wartości umowy brutto, o której mowa w § 10 ust. 1 umowy.

Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na Wykonawcę na poziomie 30% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia Wykonawca może nie otrzymać zapłaty za blisko 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 30% inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia 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, świadczącą 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. Na dzień złożenia odwołania ustalona, w projekcie kara za wypowiedzenie umowy wynosi 10% wynagrodzenia brutto Wykonawcy. Już z tego choćby powodu maksymalna wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego.

V. WYPOWIEDZENIE

Zgodnie z par. 13 ust. 1, 2 projektu umowy:

- 1. Zamawiający może wypowiedzieć umowę – wedle swojego wyboru z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia lub ze skutkiem natychmiastowym w przypadku niewywiązywania się Wykonawcy z postanowień niniejszej umowy, w szczególności dopuszczania się naruszeń, o których mowa w § 8 ust. 1, 12 oraz § 12 ust. 2, naruszeń Umowy skutkujących nałożeniem więcej niż 3 kar umownych.*
- 2. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego stosowania środków, które nie spełniają wymagań opisanych w załączniku nr 1 do umowy, Zamawiający może wypowiedzieć umowę – wedle swojego wyboru z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia lub ze skutkiem natychmiastowym.*

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia rażąco uprzywilejowują Zamawiającego przyznając mu prawo do rozwiązania umowy w razie nieznacznych i niezależnych od zawinienia Wykonawcy naruszeń umowy, przy jednoczesnym braku zastrzeżenia jakiegokolwiek prawa do odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy przez Wykonawcę. Uprawnienie do wypowiedzenia umowy zostały sformułowane wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Powyższe narusza zasadę równowagi stron stosunku cywilnoprawnego, świadczy o niesymetrycznym kreowaniu uprawnień stron, nadużyciu dominującej roli Zamawiającego a ostatecznie skutkuje dyskryminacją Wykonawcy.

Odwołujący zaznacza, 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.

Odwołujący wskazuje, że waga naruszeń wskazana w ww. postanowieniach umownych nie jest wystarczająca dla jednostronnego rozwiązania umowy przez Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, 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 służyć nie może wierzycielowi wyłącznie jako pretekst do wycofania się z umowy, która okazała się dla niego niekorzystna.

Przywołane postanowienia umowne pozwalają Zamawiającemu na dowolne kreowanie przyczyn zakończenia umowy. Odwołujący wskazuje, że umowa powinna enumeratywnie i jednoznacznie określać 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. Dodatkowo całość konsekwencji z tytułu przedwczesnego zakończenia umowy obciąża wyłącznie Wykonawcę. Istotnym jest także, że ze względu na termin do odstąpienia od umowy, Zamawiającemu przysługuje *de facto* trwałe i obowiązujące przez cały okres realizacji umowy uprawnienie do zakończenia kontraktu w dowolnym momencie.

Odwołujący zaznacza, że zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej niedozwolone jest formułowanie postanowień umownych uprawniających Zamawiających do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy w dowolnym momencie jej trwania przy jednoczesnym zniesieniu skutków takiego wypowiedzenia tj. przy jednoczesnym uchyleniu odpowiedzialności odszkodowawczej Zamawiających. W ocenie KIO zastrzeżenie bezwarunkowej 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.

Mając na uwadze powyższe na uwadze Odwołujący wnosi jak w *petitum*.

Załączniki:

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