

Wrocław, dnia 14.06.2021 r.

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

Odwołujący:

Impel S.A.

ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław

KRS: 0000004185

NIP: 8990106769

Numer telefonu: 510015097

Adres poczty elektronicznej: e.sitarek@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Emilia Sitarek

Zamawiający:

Skarb Państwa – 25 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Białymstoku
ul. Kawaleryjska 70, 15-325 Białystok

Numer telefonu: 261 398 839

Adres poczty elektronicznej: 25wog.kancelaria@ron.mil.pl

ODWOŁANIE

Działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), dalej *Ustawa* lub *pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń w budynkach i terenów zewnętrznych” z podziałem na 3 zadania. (znak postępowania: 10/PN/2021)

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia **2021/S 107-281010** z 4 czerwca 2021 roku.

„Usługa kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń w budynkach i terenów zewnętrznych”

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. 16 Ustawy** poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
- 2) **art. 433 pkt 4 Ustawy** poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego dla Zadań 1, 2 i 3 postanowień abuzywnych ze względu na dopuszczenie do dowolnego kształtowania przez Zamawiającego wielkości zamówienia i zaniechanie ustalenia w treści SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.
- 3) **art. 433 pkt 1 i 3** w zw. z art. 353¹w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego poprzez sporządzenie projektu umowy dla Zadań 1, 2 i 3, zawierającego klauzule abuzywne, które to klauzule kształtują postanowienia dotyczące kar umownych w sposób abstrahujący od winy wykonawcy, co rażąco narusza równowagę kontraktową i zniechęca wykonawców do składania ofert w Postępowaniu, a - w konsekwencji - ogranicza uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim:
 - a) przewidziano w § 15 ust. 1 kary umowne za opóźnienie zamiast za zwłokę,
 - b) przewidziano w § 15 ust. 2 kary umowne również za okoliczności niezawinione przez wykonawcę
- 4) **art. 436 pkt 4b Ustawy** poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SWZ prawidłowych postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

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 ofert, zgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Realizacja zamówienia przy istnieniu kwestionowanych postanowień SWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu, również dlatego, że wykonanie umowy na warunkach ustalonych w projekcie umowy, naraża Odwołującego na szkodę w postaci konieczności poniesienia nakładów na organizację usługi przy braku gwarancji jej wykonania co prowadzi do pozbawienia Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt. 1) Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach, wydanych na podstawie art. 3 Ustawy. Zamawiający w dniu 4 czerwca 2021 roku opublikował oraz przekazał SWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń w budynkach i terenów zewnętrznych”.

W dniu 4 czerwca 2021 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ, dotyczące przedmiotowego zamówienia.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.)

Ad. Zarzut 1) i 2)

Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zapisy projektu umowy dla Zadań 1,2,3 brzmią następująco:

§ 1 ust. 6

Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany wielkości powierzchni objętych Usługami (z przyczyn, których nie można było przewidzieć przed zawarciem Umowy np. wyłączenia/włączenie części budynku z eksploatacji/ do eksploatacji ze względów technicznych i/ lub organizacyjnych, zmiany sposobu użytkowania, remont części lub całości budynku, wystąpienia prac inwestycyjnych, zmian organizacyjnych u Zamawiającego itp.) zgodnie z § 22 ust. 1 pkt 4 niniejszej Umowy.

§ 2 ust. 4

Cena jednorazowej usługi, o której mowa w ust. 3 pkt 3 jest kwotą ryczałtową i uzależnioną od powierzchni objętych usługą. W przypadku zmiany powierzchni objętych usługą (np. wyłączenia z użytkowania) kwota tego wynagrodzenia ulega zmianie proporcjonalnie do powierzchni.

§ 4 ust. 7

W przypadku wyłączenia z użytkowania części powierzchni objętych Usługą na okres dłuższy niż 5 dni roboczych niezależnie od przyczyn (np. remont, modernizacja, wyłączenie z użytkowania), Zamawiający powiadomi o tym Wykonawcę pocztą elektroniczną z minimum 1-dniowym wyprzedzeniem. O ponownym włączeniu powierzchni do Usług kompleksowego utrzymania czystości Zamawiający zawiadomi Wykonawcę pocztą elektroniczną z minimum 1-dniowym wyprzedzeniem, a Wykonawca pomniejszy wartość faktur uwzględniając różnicę w metrażu powierzchni objętych Usługą. Niniejsza zmiana nie wymaga formy aneksu do umowy.

§ 10 ust. 2

W przypadku tymczasowego włączenia/wyłączenia powierzchni i świadczenia Usług w okresie krótszym niż miesiąc rozliczeniowy, ceny jednostkowe wymienione w § 2 ust. 3 Umowy zostaną podzielone przez liczbę dni kalendarzowych w danym miesiącu i pomnożone przez liczbę dni kalendarzowych w danym miesiącu, w których świadczone Usługi.

§ 22 ust. 1 pkt 4

zmiany zakresu Usług (zmiana sprzątej powierzchni) z przyczyn, których nie można było przewidzieć przed zawarciem Umowy np. wyłączenia/włączenie części budynku z eksploatacji/do eksploatacji ze względów technicznych i/ lub organizacyjnych, zmiany sposobu użytkowania, remontu części lub całości budynku, wystąpienia prac inwestycyjnych, zmian organizacyjnych u Zamawiającego itp., a także w przypadku zaistnienia okoliczności organizacyjnych, formalnych, zmiany uwarunkowań prawnych, bądź zmian organizacyjnych struktur Użytkownika;

Odwołujący podnosi, że powyższe postanowienia SWZ wprost naruszają dyspozycję wskazanego artykułu ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie określił minimalnego zakresu zamówienia, jednocześnie zastrzegając dla siebie w ww. postanowieniach SWZ możliwość dowolnych ograniczeń wielkościowych, co stanowi przejaw praktyki, która miała miejsce przed 1 stycznia 2021r; a wyeliminowanie której stało się ratio legis art. 433 nowej, obecnie obowiązującej, ustawy Pzp. Uzasadnieniem przywołanego przepisu art. 433 ustawy Pzp było m.in. to, 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”.

Zamawiający dokonał 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 to Zamawiający będzie miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia wielkości zamawianej usługi (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 zmiany wysokości wynagrodzenia na skutek stosowania obniżenia, która to ocena powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców 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.

Efektom postępowania prowadzonego na podstawie tak skonstruowanych zapisów SWZ, ma być zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywilejów. 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. Wykonawca na etapie składania oferty nie ma żadnej wiedzy, co będzie wpływać na decyzję Zamawiającego o zmianie wielkości zamówienia. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach i z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie wielkości sprzątanym powierzchni i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany.

Przy obecnym brzmieniu zapisów SWZ, wykonawca nie jest w stanie racjonalnie oszacować ryzyka związanego z potencjalnym zmniejszeniem wielkości zamówienia i nie ma szans uwzględnić tego ryzyka w oferowanej cenie.

Odwołujący podnosi również, że zastrzeżenie dowolnego ograniczenia wielkości zamówienia jest również niezgodne z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień. Zamawiający przyznał sobie bowiem w SWZ prawo do każdej, w tym także istotnej zmiany umowy. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp – zmiana umowy jest dopuszczalna, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.

Skuteczny i zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany, w tym ograniczenia zakresu rzeczowego umowy, wymaga więc „jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres”. Umowa i SWZ niniejszego postępowania, dopuszcza dowolne ograniczenie zamówienia. Tym samym zastrzeżenie to narusza art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp, gdyż nie spełnia wymogu, co do jednoznacznego opisu zakresu zmiany. Dopuszczalna wielkość zmiany jest nieograniczona, co narusza wymogi co do ww. klauzuli, a nadto stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego (prawa do kształtowania postanowień umownych) przysługujących zamawiającemu. Przedstawione stanowisko jest zgodne z opinią UZP, 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. 455 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 wskazuje, że brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, wpływa na decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg wykonawców zainteresowanych małym - niewielkim wolumenem/ zamówieniem, jest inny, niż dużym.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień projektów umów i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 90 % wartości zamówienia.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o określenie minimalnego zakresu zamówienia i dodanie w „projekcie umowy” dla każdego zadania postanowienia o treści: „Zmiany zakresu usług (sprzątanej powierzchni) i wynagrodzenia wskazanego w § 2 ust. 3 w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 1 ust. 6, § 2 ust. 4, § 4 ust. 7, § 10 ust. 2, § 22 ust. 1 pkt 4 nie mogą w czasie trwania umowy, wynosić więcej niż 10 % wartości zamówienia”.

Ad. Zarzut 3)

- a) Zamawiający w § 15 projektów umów wprowadził klauzule abuzywne, polegające na ustaleniu kar umownych za niedotrzymanie przez wykonawcę terminów wykonania określonych zobowiązań - wprost za "opóźnienie".

Odwołujący podnosi, iż przy takim brzmieniu wzoru umowy wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie opóźnienie bez względu na jego przyczynę. Również w przypadku, gdy opóźnienie w wykonaniu obowiązków wskazanych w § 15 wystąpi bez jego winy, co więcej, gdy bezpośrednio odpowiedzialnym za powstanie opóźnienia będzie zamawiający lub podmiot trzeci.

Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej nadużywanie, narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy.

Odwołujący dodaje, że zgodnie z art. 433 pkt 1 Ustawy "Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba, że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia." Świadczy to o wadze, jaką ustawodawca nadał tej kwestii - skoro ustawodawca wprowadził ograniczenie w ustalaniu kar umownych za opóźnienie w akcie prawnym rangi ustawy, to oczywistym jest, że jest to kwestia szczególnie istotna.

Przy rozważaniu kar umownych, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 r., KIO 1585/19, przyjęła - zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego - iż sformułowanie „opóźnienie” użyte w kwestionowanych postanowieniach umowy dotyczy sytuacji, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Analizując wprowadzoną przez Zamawiającego we wzorze umowy regułę odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienia w wykonaniu obowiązków umownych i gwarancyjnych niezależnie do jego winy, Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że takie ustalenie reguł odpowiedzialności nie znajduje racjonalnego uzasadnienia i pociąga za sobą zbyt duże ryzyka po stronie wykonawców.

Postanowienia te przewidują bowiem odpowiedzialność wykonawcy za każde, również niezależne od przyczyn leżących po stronie wykonawcy, opóźnienia wykonawcy i podwykonawcy w wykonywaniu obowiązków umownych oraz gwarancyjnych.

W ocenie Odwołującego, tak daleko idące sankcje, jakie może ponieść wykonawca w sytuacji jakiegokolwiek naruszenia postanowień umowy, w tym niezawinionego opóźnienia w realizacji usługi, naruszają w sposób rażący równowagę kontraktową stron stosunku zobowiązaniowego, który i tak na gruncie zamówień publicznych doznaje ograniczenia.

b) W § 15 Projektu umowy Zamawiający wymienił przesłanki skutkujące naliczeniem kar umownych, zawierające klauzulę abuzywną, przerzucającą odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

§ 15 ust. 1 brzmi następująco:

Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jak również od niego niezależnych, Zamawiającemu przysługują kary Umowne w wysokości:

- 1) 10% wartości brutto przedmiotu Umowy określonej w § 2 ust.1 Umowy w razie odstąpienia lub rozwiązania Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego;
- 2) 10% wartości brutto przedmiotu Umowy określonej w § 2 ust.1 Umowy, gdy Zamawiający odstąpi lub rozwiąże Umowę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jak również od niego niezależnych.

W wyroku z dnia 27 sierpnia 2019 r., KIO 1585/19, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego, wynikająca z art. 353[1] k.c. na gruncie zamówień publicznych podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Ograniczenie to przejawia się w różnych aspektach m.in. gdy zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć.

Przyjmuje się zatem, że na gruncie zamówień publicznych dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne przerzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę. Uprzywilejowana pozycja zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawiają, że umowy o udzielenie zamówienia publicznego są porównywane do umów adhezyjnych. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać.

Odwołujący podkreśla, iż zgodnie z regułą wyrażoną w art. 5 k.c., nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub

z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych w zamówieniach publicznych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy.

Zamawiający posiada uzasadniony interes, którego celem jest zagwarantowanie należytej realizacji zamówienia publicznego i dbałość o finanse publiczne, z drugiej strony nie można zapominać o interesie przedsiębiorców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Działania Zamawiającego nie mogą jednak prowadzić do przerzucenia na wykonawców zbyt dużych ryzyk i odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie mają oni wpływu.

Urząd Zamówień Publicznych w raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach stwierdził m.in., że „efektem określania przez zamawiających restrykcyjnych i często nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych jest mała liczba ofert składanych w postępowaniu oraz wliczanie przez wykonawców wysokości kar umownych w cenę oferty. Podobnie jest w przypadku postanowień umownych, które przerzucają odpowiedzialność na wykonawców za większość ryzyk. Postanowienia umowne tego typu w praktyce prowadzą do podniesienia ceny realizowanego zamówienia, ponieważ racjonalni wykonawcy uwzględniają ryzyko zapłaty kary umownej oraz inne ryzyka w oferowanej cenie”.

W przywołanym raporcie wskazano także, że „kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody - tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna.”

ŻADANIE:

- a) Odwołujący wnosi o zmianę w/w postanowień „projektu umowy” dla każdego zadania poprzez zastąpienie w § 15 ust. 2 pkt 1, 6, 8, 9, 12, 13, 14, 18, 19 odpowiedzialności za "opóźnienie" (zarówno za okoliczności zawinione jak i niezawinione przez wykonawcę), odpowiedzialnością za "zwłokę", czyli jedynie za okoliczności zawinione przez wykonawcę.
- b) Odwołujący wnosi o zmianę treści postanowienia § 15 ust. 1 „projektu umowy” dla każdego zadania, poprzez wykreślenie zapisów *„jak również od niego niezależnych”* oraz dodanie w § 15 postanowienia, że *wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności będące skutkiem działania lub zaniechania zamawiającego, jego pracowników, przedstawicieli i osób trzecich.*

Ad. Zarzut 4)

Zamawiający § 24 „projektu umowy ” wprowadził postanowienia dotyczące zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy wynikające z art. 436 pkt 4 Ustawy.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie wskazał wszystkich reguł, według których będzie wprowadzana zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku nowelizacji ww. przepisów prawa. Z zapisów dotyczących waloryzacji nie wynika bowiem jasno od kiedy będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazuje, że zawarte w treści SWZ postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 436 pkt 4b Ustawy w zakresie dotyczącym zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia, gdyż nie został prawidłowo opisany termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 436 pkt 4b Ustawy, negocjacje. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 436 pkt 4b Ustawy, wykonawca, w chwili składania oferty, powinien

mieć pewność, że kalkulacja jego ceny wykonana została z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Negocjacje takiej pewności nie gwarantują, gdyż dopiero po ich zakończeniu, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia.

Proponowana wyżej zmiana jest nie tylko korzystna dla Zamawiającego, ale pozwala mu także na racjonalne i kontrolowane wydatkowanie środków publicznych, a tym samym wpisuje się w podstawowe cele związane z dyscypliną finansów publicznych. Ponieważ zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej ustalane są przez podmiot trzeci w stosunku tak dla Zamawiającego, jak i wykonawców, oczywistym jest, iż mają charakter niezależny od woli stron. Brak uwzględniania proponowanej zmiany od dnia jej wejścia w życie w treści projektu umowy, łączyć się będzie dla Zamawiającego z negatywnymi skutkami.

Wykonawcy mogą oferować wykonanie usługi drożej, niż to wynika w faktycznych kosztów jej świadczenia w momencie składania oferty, po to tylko, aby uwzględnić ewentualne zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej. Efektem takiej postawy – racjonalnego jednak przedsiębiorcy – jest to, iż Zamawiający od początku umowy niejako „nadpłaca” za ewentualne przyszłe koszty, nie mając pewności, że wydatkuje posiadane środki w sposób racjonalny i gospodarczo uzasadniony.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o modyfikację § 24 „projektu umowy” dla każdego zadania poprzez dodanie postanowienia o treści:

„Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian przepisów, o których mowa w ust. 1 pkt 1-4”.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.