

Wrocław, dnia 9 kwietnia 2021 r.

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

Odwołujący:

Impel Defender sp. z o.o.
ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław
KRS: 0000770683
NIP: 8992786834
numer telefonu:
510 015 984
adres poczty elektronicznej:
j.filipiak@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko):
Joanna Filipiak

Zamawiający:

SKARB PAŃSTWA - Jednostka Wojskowa Nr 3964
ul. Bystra 1, 03-700 Warszawa
NIP: 524-23-76-036
tel. 261 892 339,
faks: 261 892 320,
adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:
<https://platformazakupowa.pl/pn/jw3964>
poczta elektroniczna zamawiającego:
ozjw3964@ron.mil.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.: *Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w kompleksach administrowanych przez JW3964*. (znak postępowania: 6/2021/Z).

- I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):
 1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 062-157334 w dniu 30.03 2021 r..
 2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w kompleksach administrowanych przez JW3964*. Numer referencyjny: 6/2021/Z .
- 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. 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 treści projektu 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;

- 2) art. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez wadliwe ustalenie w treści projektu umowy postanowień w przedmiocie aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy poprzez ustalenie maksymalnej wartości możliwej zmiany wynagrodzenia;
- 3) art. 117, art. 112 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez wymaganie od każdego z wykonawców występujących wspólnie wszystkich dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu (polisa ubezpieczeniowa, wykaz usług, wykaz osób, oświadczenie o kontynuacji ubezpieczenia) pomimo, że nie jest to uzasadnione charakterem zamówienia oraz nieproporcjonalne - ustalenie określone w rozdz. XVII lit. A – w akapicie UWAGA, str. 16 SWZ;
- 4) art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1, art. 483, art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez:
 - a) określenie w treści § 11 projektu umowy kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę;
 - b) ustanowienie w treści § 11 projektu umowy kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a tym samym opisanie okoliczności naliczenia kar umownych w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
 - c) ustanowienie w treści projektu umowy uprawnienia Zamawiającego do kumulatywnego dochodzenia kar umownych
- 5) art. 436 pkt 4, art. 431, art. 99 art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez brak ustalenia w projekcie umowy postanowień o łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony;
- 6) art. 99 ust. 4, art. 95 w zw. z art. 16 i 17 oraz w zw. z art. 461 Ustawy poprzez nieuzasadnione nałożenie na wykonawców w § 5 ust. 1 treści projektu umowy obowiązku zatrudniania osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia na umowę o pracę na pełen etat;
- 7) art. 462, art. 60 ust. 1, art. 121 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 5 i 6 projektu umowy zakazu realizacji zamówienia przez inną osobę lub podmiot, niż wykonawca, tj. przez podwykonawcę.

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 zarzutu dotyczącego waloryzacji, wprowadzenie do treści SWZ postanowień zgodnych z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. klauzuli, na podstawie, której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tj:

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów, w tym w szczególności środków czystości, związanych z realizacją przedmiotu umowy lub kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie, otrzymujących wyższe, niż minimalne wynagrodzenia za pracę albo wyższe, niż minimalna stawka godzinowa, ustalona na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, z tym zastrzeżeniem, że:

- a) *minimalny poziom zmiany:*
- i. *ceny materiałów, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosi 3% w stosunku do cen, za które Wykonawca nabył ww. materiały w celu realizacji postanowień umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy w terminie nie dłuższym, niż 14 dni od jej podpisania, przedstawi wykaz materiałów wraz z cenami nabycia oraz dokumentami potwierdzającymi przedstawione ceny;*
 - ii. *kosztów zatrudniania osób realizujących zamówienie, otrzymujących wyższe, niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo wyższą, niż minimalna stawkę godzinową, ustaloną na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 4% w stosunku do kosztów zatrudniania, które Wykonawca ponosił w celu realizacji umowy podczas pierwszego miesiąca świadczenia usług. Wykonawca po podpisaniu umowy, w terminie nie dłuższym, niż 14 dni od jej podpisania, przedstawi wykaz kosztów zatrudniania ww. osób wraz z dokumentami potwierdzającymi przedstawione koszty tj. umowy o pracę, zabezpieczone zgodnie z wymogami RODO.*
- b) *poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub środków ogłoszonego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego pn. „Ceny detaliczne - Wskaźniki cen towarów i usług niekonsumpcyjnych – rocznie”*
- c) *wynagrodzenie ulegnie zmianie po pierwszych 12 miesiącach obowiązywania umowy a następnie po każdych 12 – stu miesiącach obowiązywania umowy,*
- d) *maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający, to łącznie 30% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 Umowy, odpowiednio dla każdej z części.*
- 2) w zakresie zarzutu dotyczącego waloryzacji na podst. art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych: usunięcie postanowienia § 3 ust.6 projektu umowy w brzmieniu:
- W efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 4, Zamawiający dopuszcza zmianę wartości wynagrodzenia do 30% wysokości wynagrodzenia umownego.*
- 3) w zakresie dotyczącym żądania wszystkich dokumentów od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: zmianę treści rozdz. XVII lit. A – w akapicie UWAGA str. 16 SWZ w ten sposób, że:
- Dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt. 1) – 5) i 12) powyżej składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, dokumenty te są składane również za podmiot trzeci. Dokumenty i oświadczenia, wymienione w pkt. 6) – 11) powyżej składa ten z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu (w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, należy złożyć dokumenty podmiotu trzeciego w takim zakresie, w jakim udostępnia on określone zasoby).*
- 4) w zakresie dotyczącym kar umownych:
- a) *usunięcie postanowienia § 11 ust. 4 pkt 4.3. projektu umowy;*
 - b) *zmianę postanowień § 11 ust. 4 i 5 poprzez dodanie określenia „za zwinione”;*
 - c) *zmianę postanowień § 11 ust. 4 i 5 poprzez obniżenia wysokości kar o 50%.*

- 5) w zakresie dotyczącym maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony - wprowadzenie do SWZ postanowienia, że:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony nie może przekraczać dla każdego zadania 15% wynagrodzenia brutto określonego w § 3. ust. 1 pkt 1.1. – 1.5..

- 6) w zakresie dotyczącym obowiązku zatrudnienia osób realizujących zamówienia na umowę o pracę w pełnym wymiarze - zmianę treści § 5 ust. 1 Projektu umowy w ten sposób, że:

Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usługi ochrony fizycznej osób i mienia wyłącznie przez pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę. Zamawiający dopuszcza odstępstwo zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wyłącznie w zakresie ochrony fizycznej, realizowanej przez grupę interwencyjną oraz stację monitorowania.. Wykonawca, w trakcie realizacji Umowy, na każde zadanie Zamawiającego zobowiązuje się przedstawić aktualne dokumenty potwierdzające, że przedmiot umowy jest wykonywany przez osoby będące pracownikami Wykonawcy lub Podwykonawcy.

- 7) W zakresie dotyczącym podwykonawstwa - usunięcie postanowienia § 12 ust. 5 i ust. 6 projektu umowy w brzmieniu:

Wykonawca nie może powierzyć wykonania niniejszej umowy innej osobie lub podmiotowi. Nie dopuszcza się w realizacji przedmiotu zamówienia udziału podwykonawców, innych niż wskazanych w treści umowy.

- 8) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia, będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) - 6) 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. 1 pkt 1 Ustawy odwołanie wobec czynności Zamawiającego

stanowiącej podstawę jego wniesienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia przestania 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 30.03.2021 roku opublikował ogłoszenie oraz dokumenty postępowania, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w kompleksach administrowanych przez JW3964*. Numer referencyjny: 6/2021/Z; w trybie przetargu nieograniczonego.

I. WALORYZACJA NA PODSTAWIE ART. 439 USTAWY PZP

Zgodnie z § 4 ust. 4 pkt 4.1. i ust. 6 projektu umowy:

Określone w ust. 1 kwoty mogą być odpowiednio waloryzowane (zmniejszane lub zwiększane stosownie do kierunku zmiany) w formie aneksu na wniosek jednej ze stron w przypadku: zmiany wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego przez GUS, jednak nie częściej niż jeden raz w roku z wyłączeniem roku zawarcia umowy, zmiany obowiązują poczynszy od następnego miesiąca po podpisaniu aneksu.

W efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 4, Zamawiający dopuszcza zmianę wartości wynagrodzenia do 30% wysokości wynagrodzenia umownego.

Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi: 36 miesięcy.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, gdyż:

- 1) nie zawiera wszystkich niezbędnych elementów, o których mowa w art. 439 pzp;
- 2) rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula waloryzacyjna, wbrew wymogom art. 439 pzp, nie określa poziomu lub podstawy zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniających do wystąpienia o waloryzację oraz nie precyzuje sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Na skutek tych wad, wykonawca nie uzyskuje wiedzy co do mechanizmu, który będzie stosowany w procesie aktualizacji jego wynagrodzenia. Ponadto, w konsekwencji ww. postanowienia, wartość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, może być ustalana w drodze negocjacji lub też wykonawca w ogóle nie otrzyma waloryzacji z dowolnych powodów.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że:

- 1) Zamawiający stworzył sytuację skrajnej niejednoznaczności, co do sposobu dokonywania waloryzacji wynagrodzenia umownego na etapie realizacji zadania i tym samym uniemożliwił wykonawcom przyjęcie jednolitych założeń dla oceny ryzyka zmiany cen materiałów i usług, które to ryzyko wykonawca musi ująć w cenie oferty;
- 2) niejasna treści ww. klauzuli waloryzacyjnej może prowadzić na etapie oferowania do rozbieżnych interpretacji klauzuli przez wykonawców, biorących udział w postępowaniu i w konsekwencji powodować dokonanie kalkulacji ofert w oparciu o niejednolicie

interpretowane założenia, czyli złożenie w postępowaniu ofert w istocie nieporównywalnych;

- 3) niejasna treść ww. klauzuli waloryzacyjnej może prowadzić do dowolności Zamawiającego w zakresie jej interpretacji i stosowania w toku realizacji zadania, a w konsekwencji - do jednostronnego ustalania przez Zamawiającego wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, co jest prawnie niedopuszczalne.

Klauzula, o której mowa w art. 439 pzp, 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 usług niskomargowych. 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 nieznaczące 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, jasny i nie umożliwiający rozbieżnych interpretacji lub też 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.

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. 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 kilku 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.

II. WALORYZACJA NA PODSTAWIE ART. 436 pkt 4 lit. b) USTAWY PZP

Zgodnie z § 4 ust. 4 pkt 4.2. – 4.5. i ust. 6 projektu umowy:

Określone w ust. 1 kwoty mogą być odpowiednio waloryzowane (zmniejszane lub zwiększane stosowanie do kierunku zmiany) w formie aneksu na wniosek jednej ze stron w przypadku:

Zmiany stawki podatku od towarów i usług, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia;

Zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę;

zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2018 poz. 2215) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 4, Zamawiający dopuszcza zmianę wartości wynagrodzenia do 30% wysokości wynagrodzenia umownego.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula sformułowana w umowie w zakresie dotyczącym ograniczenia maksymalnej wysokości waloryzacji w związku z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w 436 pkt 4 lit. b) pzp jest sformułowana z naruszeniem art. 8 pzp i art. 58 Kodeksu cywilnego, a przede wszystkim niezgodnie z ww. art. 436 pkt 4 lit. b) pzp. Skutkiem powyższego, klauzula ta jest wadliwa i jako taka, skutkuje jej nieważnością. Przepis art. 436 pkt. 4 lit. b) pzp wymaga natomiast, aby umowy, zawierane na okres dłuższy, niż 12 miesięcy, zawierały postanowienia aktualizacyjne.

Ustalona w umowie maksymalna graniczna wartość partycypacji Zamawiającego w pokryciu wzrostu kosztów wykonania zamówienia, jest niezgodna z celem art. 436 pkt 4 lit. b) pzp, gdyż ze względu na nieznane i nieprzewidywalne zmiany prawa, które mogą nastąpić w czasie trwania zamówienia, nie gwarantuje aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy adekwatnie do ww. zmian. Maksymalna graniczna wartość partycypacji Zamawiającego w pokryciu wzrostu kosztów wykonania zamówienia świadczy jednocześnie, że rzeczywistym celem realizowanym przez ww. klauzulę jest zniesienie obowiązku Zamawiającego do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o art. 436 pzp. Zgodnie z art. 436 pzp Zamawiający zobowiązany jest do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia.

Tymczasem ww. zastrzeżenie umowne, dotyczące maksymalnej kwoty, o którą zgodnie z kontraktem może być zwaloryzowane wynagrodzenie wykonawcy, świadczy, że wolą i celem Zamawiającego jest zwolnienie się z ustawowego obowiązku odpowiedniej aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy. Przywołana klauzula waloryzacyjna na skutek ww. ograniczenia, co do maksymalnej kwoty waloryzacji, nie realizuje wymaganego prawem obowiązku partycypacji Zamawiającego w zmienionych kosztach realizacji zamówienia. Stosując ww. klauzulę, Zamawiający zabezpieczył się przed rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu, co jest całkowicie sprzeczne z celem przepisem art. 436 pzp. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu 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 Na skutek tej wady, nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 436 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa zmiana, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp, dawniej 142 ust. 5 zmiana wysokości wynagrodzenia powinna być odpowiednia.

Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym wyroku dnia 16 marca 2015 r., wydanym pod sygn. akt 413/15 „odpowiednie zmiany wysokości wynagrodzenia” należy bowiem tłumaczyć, jako „adekwatne”, czy „wprost proporcjonalne” do zmian wprowadzonych określonych przepisach prawa”. Kwestię rozumienia pojęcia „odpowiedniej zmiany wynagrodzenia” precyzował ponadto art.1 pkt 2 ustawy dnia 25 czerwca 2015 r. zmiane ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy zmianie ustawy systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2015, poz. 1153), zgodnie którym w razie zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie art. 3-5 ustawy dnia 10 października 2002 r. minimalnym wynagrodzeniu za pracę. (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz 2005 r. Nr 157, poz. 1314) cyt. „przez pojęcie „odpowiedniej zmiany wynagrodzenia” należy rozumieć sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego wynikających z podwyższenia wynagrodzeń poszczególnych pracowników, biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia, do wysokości wynagrodzenia minimalnego obowiązującej po zmianie przepisów lub jej odpowiedniej części, przypadku osób zatrudnionych wymiarze niższym niż pełen etat”, zaś w razie zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, cyt. „przez pojęcie „odpowiedniej zmiany wynagrodzenia” należy rozumieć sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego oraz drugiej strony umowy prace lub innej umowy cywilnoprawnej łączącej wykonawcę zamówienia publicznego osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, wynikającym z konieczności odprowadzenia dodatkowych składek od wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę o pracę lub na podstawie innej umowy cywilnoprawnej zawartej przez wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, biorących udział w realizacji pozostałej do wykonania, w momencie wejścia w życie zmiany, części zamówienia przy założeniu braku zmiany wynagrodzenia netto tych osób”.

III. WYMÓG ZŁOŻENIA WSZYSTKICH DOKUMENTÓW W PRZYPADKU WYKONAWCÓW WSPÓLNIE UBIEGAJĄCYCH SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA, TJ. PRZEZ KAŻDEGO KONSORCJANTA.

Zgodnie z rozdz. 17 lit. A – w akapicie UWAGA, str. 16 SIWZ;

Dokumenty i oświadczenia wymienione powyżej składa Wykonawca, każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz każdy podmiot na którego zdolnościach lub sytuacjach polega Wykonawca.

Do dokumentów, o których mowa powyżej zalicza się m.in.:

Wykaz, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – wykonał w tym okresie, co najmniej dwie usługi na fizyczną ochronę osób i mienia kompleksów wojskowych w zakresie porównywalnym tj. minimum 2 pracowników ochrony na zmianie w jednym kompleksie, wg wzoru załącznik nr 4 SIWZ.

Polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności wraz z dowodem opłacenia składki wynikającej z umowy ubezpieczenia. Wysokość polisy musi być nie mniejsza, niż:

*dwa miliony złotych dla pierwszej części zamówienia,
jeden milion dla drugiej części zamówienia,
jeden milion dla trzeciej części zamówienia,
jeden milion dla czwartej części zamówienia.*

Oświadczenie Wykonawcy o zobowiązaniu do kontynuacji ubezpieczenia w okresie obowiązywania umowy na formularzu - załącznik nr 7 do SIWZ. Wykonawca każdorazowo po opłaceniu kolejnej raty składki ubezpieczenia jest zobowiązany przekazać zamawiającemu potwierdzoną kserokopię opłaty

Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i uprawnień,

Wymóg złożenie przez każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jest nieadekwatny i nadmierny oraz nieuzasadniony charakterem zamówienia. Co prawda w dniu 07.04.2021 Zamawiający zmodyfikował częściowo treść SWZ w zakresie dotyczącym niektórych z tych dokumentów, jednakże zmiana ta doprowadziła do wewnętrznych sprzeczności w zapisach SWZ (sprzeczności z rozdz. 17 lit. A – w akapicie UWAGA, str. 16 SWZ).

Zgodnie z art. 117 ust. 1 pzp, zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Na podstawie ww. przepisu Zamawiający ma zatem prawo regulować sposób wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum, np. wymagać, aby jeden z warunków został spełniony w całości lub w znaczącej części (np. wykazanie dwóch spośród trzech wymaganych usług) przez jednego konsorcjanta.

Jednak przepis ten stanowi wyjątek od reguły wynikającej z art. 58 ust. 1-5 pzp ustanawiających uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powinien być zatem stosowany jedynie w uzasadnionych przypadkach i w sposób bardzo ograniczony.

Co do zasady zatem konsorcjanci są uprawnieni do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez łączenie swoich zdolności zawodowych, technicznych, czy też potencjałów. Konsorcjum tworzone jest bowiem w celu umożliwienia udziału w postępowaniu podmiotom, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu (np. wyrok KIO z 19.02.2018 r.; KIO 207 /18, 221/18).

Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie Provincia di fermo (wyrok z dnia 10.10.2013r., C-94/12) podkreślił ogólną zasadę łączenia potencjałów konsorcjantów, zastrzegając, że jedynie w przypadku specyficznych zamówień można wymagać od konsorcjów wykazania pewnych kwalifikacji zawodowych wyłącznie od jednego z konsorcjantów, jeżeli nie można ich uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Tylko w takich sytuacjach zamawiający może wymagać, aby pewien minimalny poziom kwalifikacji (np. w postaci liczby wykonanych zamówień) został wykazany wyłącznie przez jednego konsorcjanta. Warunkiem jest proporcjonalność takiego wymogu do celów zamówienia.

Zamawiający może zatem wymagać, aby jeden, lub każdy z konsorcjantów spełnił warunek w całości. Jednak takie wymaganie musi być uzasadnione: (i) przedmiotem zamówienia, (ii) proporcjonalne oraz (iii) celowe. W niniejszym postępowaniu wyłączenie możliwości łączenia „potencjałów” przez konsorcjantów na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w niniejszym przetargu i żądanie od każdego z konsorcjantów wszystkich podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunków udziału, nie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia, a także jest nadmierne i niecelowe. Nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia uniemożliwienia wykonawcom sumowania potencjału technicznego i zawodowego w niniejszym postępowaniu. „Uwaga” zawarta w rozdz. 17 SWZ ma charakter dyskryminujący. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający w opisie warunków zażądał

wykazania określonej liczby usług, osób, określonej wartości polisy, biorąc zatem pod uwagę powołane wymogi, wymagania stawiane konsorcjum są zwielokrotniane o ilość konsorcjantów. Brak jest obiektywnego uzasadnienia dla takiego sformułowania warunku i wymogu.

Ponadto należy zauważyć, że ww. wymóg w praktyce niweczy możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich oraz eliminuje z przetargu firmy małe i średnie, które mogłyby w nim uczestniczyć poprzez utworzenie konsorcjum. Brak bowiem racjonalnych podstaw dotworzenia przez taki podmiot konsorcjum z innymi wykonawcami.

W uchwale z dnia 22.11.2010r. (KIO/KU 83/10), KIO wskazała, że „*tym samym, w przypadku konsorcjum - w celu dokonania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., należy brać pod uwagę łączną posiadaną wiedzę i doświadczenie, jakie wykazują podmioty tworzące konsorcjum. Dlatego też dla wykonania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania wystarczające jest nie tylko spełnienie opisanego poprzez konieczność wykonania co najmniej 2 robót budowlanych warunku udziału w postępowaniu przez jednego z członków konsorcjum, ale także spełnienie tego warunku np. w ten sposób, że dwaj członkowie konsorcjum wykazują po 1 robocie budowlanej. Istotą tworzenia konsorcjum jest bowiem dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, z których żaden samodzielnie lub w przeważającym zakresie nie mógłby spełnić warunków udziału w postępowaniu. Warunki dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie powinny ograniczać swobody tworzenia konsorcjum. Analogiczna sytuacja dotyczy podmiotu trzeciego, który udostępnia wykonawcy swój potencjał. Zamawiający nie może zatem wymagać posiadania wiedzy i doświadczenia przez jednego członka konsorcjum lub podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. W świetle powyższego opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia narusza art. 22 ust. 4 ustawy P.z.p. w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum i stanowi naruszenie art. 23 ust. 3 ustawy P.z.p.*”.

Natomiast w wyroku z dnia 10.10.2013 r. (C-94/12) Trybunału Sprawiedliwości podkreślił, że „*wykluczenie oferentów odwołujących się do zdolności więcej niż jednego przedsiębiorstwa pomocniczego odnośnie kryteriów kwalifikacji podmiotowej faworyzuje większe przedsiębiorstwa kosztem konsorcjów małych i średnich przedsiębiorstw. Może to faworyzować dominujące podmioty lokalne lub regionalne w zakresie robót budowlanych, które odpowiadają zdolnościom tych podmiotów, ale są zbyt wymagające dla mniejszych podmiotów działających samodzielnie i które są zbyt małe, aby zainteresować większe firmy działające na arenie krajowej lub międzynarodowej. Nie można uznać, że sytuacja ta nie jest dyskryminująca.*”.

IV. KARY UMOWNE

W par. 11 ust. 4 – 6 projektu umowy Zamawiający, na blisko trzech stronach, zdefiniował katalog różnych kar umownych obciążających wykonawcę. Wartość tychże kar wynosi od 0,5% miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy do 20% ww. miesięcznego wynagrodzenia. Kary te podlegają sumowaniu oraz mogą być wielokrotnie naliczane.

Ponadto mechanizm i sposób nakładania ww. kar umożliwia Zamawiającemu wielokrotne karanie wykonawcy za te same uchybienia. Tytułem przykładu Odwołujący podaje,

że na podstawie par. 11 ust. 4 pkt 4.3. projektu umowy Zamawiający jest uprawniony do nałożenia dodatkowej kary umownej w wysokości 20% miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy w ciągu miesiąca wystąpi co najmniej 5 (pięć przypadków) uchybień wymienionych w par. 11 ust. 5 projektu umowy. Przypadki uchybień opisane w par. 11 ust. 5 projektu umowy są wymienione na blisko trzech stronach umowy i obejmują szereg przeróżnych zachowań wykonawcy lub jego pracowników. Zamawiający jest uprawniony do naliczenia za każde z zachowań wymienionych na ww. trzech stronach, a nadto dodatkowo - nałożyć ww. karę 20% po każdym 5 uchybieniach. Tym samym jednorazowa kara za każde pięć uchybień może wynosić blisko połowę miesięcznej wartości umowy. Sposób obliczenia 5 uchybień po 5% za każde uchybienie wynosi 25% plus dodatkowa kara 20% daje sumę 45% miesięcznego wynagrodzenia. Biorąc pod uwagę, że ww. pięć uchybień może nastąpić wielokrotnie w ciągu miesiąca to istnieje wysokie ryzyko, że kary umowne mogą konsumować całe wynagrodzenie wykonawcy.

Odwołujący wskazuje, że regulacje umowne nie powinny doprowadzać do nieuprawnionej kumulacji kar umownych na etapie ich zapisów za wystąpienie tych samych okoliczności. Zgodnie z przepisami prawa i orzecznictwem, przyjmuje się, że sytuacja taka jest niedopuszczalna (uchwała SN z dnia 16 stycznia 1984 roku, III CZP 70/83 oraz Wyrok SN z dnia 28 stycznia 2011 r., I CSK 315/10), zaś obciążenie dwukrotną karą umowną za tę samą okoliczność, uznać należy za sprzeczne z naturą odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 353¹ w zw. z art. 361 § 1 i 2 w zw. z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego).

Odwołujący podnosi, że naliczenie kar umownych zdefiniowanych w par. 11 ma charakter rażąco wygórowany oraz prowadzi do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, lecz 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 podkreśla, że ww. kary są wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, jednocześnie pełniąc funkcje represyjną, nie zaś kompensacyjną.

Odwołujący podnosi ponadto, że ww. opis sposobu naliczania kary dopuszcza interpretację, zgodnie z którą Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do wielokrotnego nakładania ww. kary w jednym miesiącu, skutkiem czego kara mimo, że już rażąco wysoka, w toku realizacji kontraktu może okazać się jeszcze wyższa. W ocenie Odwołującego, ww. mechanizm w żaden sposób nie ma uzasadnienia w świetle podstaw ich zasadzania i wielokrotnie przekracza zadośćuczynienie dla szkód mogących powstać po stronie Zamawiającego lub osób trzecich.

Odwołujący podkreśla również, że sprzeczne z prawem jest naliczanie kary umownej za niezawinione uchybienie. Kara umowna może być nakładana za zawinione działanie lub zaniechanie wykonawcy a nie za okoliczności, które nie są od niego uzależnione, w tym niezawinione. Każde z postanowień par. 11 projektu umowy umożliwia Zamawiającemu naliczenia kary umownej, w przypadku, gdyby wykonawca w sposób niezawiniony nie spełnił swojego zobowiązania umownego.

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 wygórowana i nieproporcjonalna względem określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.

Ponadto zastrzeżona przez Zamawiającego możliwość kumulatywnego dochodzenia kar umownych powoduje, że Zamawiający może dwu a nawet kilkakrotnie naliczyć karę umowną za to samo naruszenie, którego dopuścił się wykonawca. Takie ukształtowanie postanowień umowy w zakresie kar pozostaje w sprzeczności z ideą kar umownych, które jak wyżej wskazano w założeniu mają stanowić narzędzie dyscyplinujące wykonawcę i mobilizujące go do należytego wykonywania umowy, a nie dodatkowe źródło dochodu dla Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje również, że kara umowna powinna mieć ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny. Na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest silne oddziaływanie na niesolidnych wykonawców w sposób zapewniający należyte wykonanie umowy. Zatem ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych stanowi rażące naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary prowadzą do sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego).

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego, prawo Zamawiającego do ustalenia warunków umowy, ma swoje ograniczenie -Zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zamawiający konstruując wskazane kary umowne dopuścił się naruszenia art. 5 Kodeksu cywilnego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający niezgodnie z prawem wykorzystuje swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego, wprowadził do umowy rażąco wygórowane kary umowne, które z uwagi na swą konstrukcję, mogą mieć zastosowanie zarówno w przypadku drobnego uchybienia, nieskutkującego powstaniem jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego, jak i w przypadku niewykonania zobowiązania w znacznej części. Nie można również zapominać, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawienie szkody (zryczałtowane odszkodowanie), a zatem stawka kary umownej nie powinna być ustalona abstrakcyjnie, lecz z uwzględnieniem przewidywanej szkody, jaka może powstać po stronie Zamawiającego. Jednakże postanowienie projektu umowy nie zostało oparte na powyższych założeniach

V. ŁĄCZNA MAKSYMALNA WYSOKOŚĆ KAR UMOWNYCH

Zgodnie z art. 436 pkt 4 pzp umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Postanowienia projektu umowy nie zawiera regulacji w przedmiocie maksymalnej łącznej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony. Postanowienia projektu umowy – przeciwnie –

dają Zamawiającemu uprawnienie do wielokrotnego nakładania na wykonawcę kar umownych bez określenia górnego limitu ilości uchybień, za które zostanie nałożona kara lub wartościowego limitu łącznej wysokości kar. Wobec powyższego postanowienia projektu umowy uchybiają przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazuje również, że odpowiedzialność z tytułu kar umownych, jako oderwana co do zasady od szkody, powoduje, że bezzasadnym i niezgodnym z prawem jest formułowanie postanowień umownych uprawniających Zamawiającego do żądania ww. kar na bardzo Wysokim poziomie bez limitu.

Odwołujący zaznacza również nieustanowienie maksymalnego limitu kar umownych Prezes UZP uznaje za jeden z przejawów kreowania kar umownych na rażąco wygórowanym poziomie. Wskazany organ podnosi, że „*brak górnej granicy kar umownych, (...) może powodować - szczególnie w połączeniu z zastosowaniem odpowiedzialności oderwanej od winy wykonawcy - bardzo dotkliwe skutki dla wykonawców, np. w przypadku przedłużającej się niemożności dostawy wskutek awarii linii produkcyjnej*”. Uzupełniając powyższe Prezes UZP podnosi, że w orzecznictwie podnosi się, że „*<kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody> (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13). Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).*

VI. ZATRUDNIENIE NA UMOWE O PRACĘ

Zgodnie z par. 5 ust. 1 projektu umowy:

Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usługi ochrony fizycznej osób i mienia wyłącznie przez pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy. Zamawiający dopuszcza odstępstwo zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w zakresie realizacji bezpośredniej ochrony fizycznej realizowanej przez grupę interwencyjną, stację monitorowania, serwis wyposażenia. Wykonawca, w trakcie realizacji Umowy na każde zadanie Zamawiającego zobowiązuje się przedstawić aktualne dokumenty potwierdzające, że przedmiot umowy jest wykonywany przez osoby będące pracownikami Wykonawcy zatrudnionymi w pełnym wymiarze czasu pracy.

Odwołujący wskazuje, że ustalony w ww. postanowieniu umownym wymóg zatrudnienia na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy jest nieuzasadniony przedmiotem zamówienia i potrzebami zamawiającego. Obowiązek zatrudniania na pełny etat nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie skonkretyzował żadnych szczególnych potrzeb lub okoliczności uzasadniających ww. obowiązek etatyzacji. Istotnym również, że ustawodawca w Kodeksie pracy przewidział możliwość zawierania umów na część etatu. Zatrudnienie takie jest zgodne z prawem i zależy od woli stron. Potrzeba zatrudnienia na część etatu może leżeć zarówno po stronie pracodawcy jak i pracownika. Wobec powyższego ograniczenie przez Zamawiającego możliwości kreowania umowy o pracę w zakresie zatrudnienia na cały bądź część etatu, są nieuzasadnione w szczególności w sytuacji, gdy wolą pracownika jest zawrzeć umowę na część etatu (np. na pół etatu) i jest to np. uzasadnione okolicznościami osobistymi pracownika. Zakazywanie zawierania tego typu umów, w ocenie Odwołującego, jest nazbyt daleko idące i pozbawione obiektywnych uzasadnionych podstaw. Odwołujący zaznacza również, że powszechną i zrozumiałą praktyką (w szczególności w kontekście niewielkiej dostępności na rynku pracowników ochrony z pozwoleniem na broń lub z dopuszczeniami) jest zawieranie z ww. pracownikami umów na część etatu, w sytuacjach, w których pracownicy ci są zatrudnieni w innych podmiotach, a

pracę w innych miejscach traktują jako dodatkową (w niepełnym wymiarze czasu pracy). Odwołujący podnosi również, stosowanie wyżej wskazanych wymogów, co do etatyzacji w żaden sposób nie wpływa na jakość zamówienia, a jedynie zmierza do ograniczenia lub uniemożliwienia składania przez niektórych wykonawców. Skoro bowiem powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w tym w szczególności przepisy prawa pracy, są elastyczne w wyżej wskazanym zakresie, to praca osób zatrudnionych w pełnym etacie jest, co do jakości, zrównana z pracą osób zatrudnionych w innym wymiarze. Podkreślenia również wymaga, istotą usług ochrony, jest w praktyce zapewnienie płynnej realizacji zadań, co biorąc pod uwagę realia rynku pracy pracowników ochrony, wymusza na pracodawcy konieczność dostosowania się do potrzeb pracowników, w tym również w zakresie odpowiedniej etatyzacji. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia, a nadto skutkuje ograniczeniem konkurencji. Wskazany wymóg narzuca sztuczny i nieadekwatny do potrzeb zamówienia sposób zatrudniania, skutkiem czego koszt wykonania usługi zostanie podrażony, co tym samym naruszony zasadę efektywnego wydatkowania środków. Istotnym jest również, że ww. sposób etatyzacji w sposób nieuzasadniony ingeruje również w swobodę działalności wykonawcy i uniemożliwia mu stosowanie konkurencyjnych rozwiązań. Wykonawca pozbawiany został bowiem prawa do wyboru organizacji usługi. Model narzucony przez Zamawiającego przerzuca wszelkie ryzyka związane z ww. zatrudnianiem na wykonawcę. Nie trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której osoba zatrudniona w pełnym wymiarze czasu pracy nie znajdzie zatrudnienia adekwatnego do jego wymiaru przy realizacji zamówienia. Wówczas obowiązek zapłaty wynagrodzenia takiego pracownika obciążał będzie wyłącznie wykonawcę, tak samo jak obowiązek powierzenia ww. pracownikowi zadań na innym kontrakcie, o ile taka praca będzie dostępna.

VII. PODWYKONAWSTWO

Zgodnie z par. 12 ust. 5 i 6 projektu umowy:

Wykonawca nie może powierzyć wykonania niniejszej umowy innej osobie lub podmiotowi. Nie dopuszcza się w realizacji przedmiotu zamówienia udziału podwykonawców, innych niż wskazanych w treści umowy.

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia umowne stoją w sprzeczności z Prawem zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego. Zawarcie w umowie zapisów ograniczających podwykonawstwo jest ponadto sprzeczne z zapisami SWZ.

Zauważyć też należy, że *ograniczenia podwykonawstwa w zamówieniach publicznych ma wpływ na krąg potencjalnych wykonawców. Podwykonawstwo niewątpliwie bowiem umożliwia większej liczbie przedsiębiorstw wzięcie udziału w przetargu i uzyskanie zamówienia na roboty budowlane. Zatem, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa może stanowić naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji poprzez wykluczenie małych i średnich przedsiębiorców z udziału w postępowaniu przetargowym.* (wyrok WSA w Poznaniu z dnia 25 października 2017 r. II SA/Po 786/16). Postanowienia takie są wprost niezgodne z art. 462 pzp. Odwołujący podnosi również w sprawie zachowują aktualność dotychczasowe podglądy KIO w sprawie podwykonawstwa zgodnie, z którymi: *przepis ust. 2 art. 36a Pzp (ustawa obowiązująca do dn. 01.01.2021 r.) pozwala Zamawiającemu na ograniczenie podwykonawstwa wyłącznie poprzez rodzajowe wskazanie prac, które muszą być wykonane osobiście przez wykonawcę i są kluczowymi elementami danego zamówienia. To uprawnienie polega na tym, że ustawodawca przyznał zamawiającym prawo do określenia, że w całym zamówieniu są takie części (mające charakter kluczowych), które nie mogą być w danym postępowaniu podzlecane podwykonawcom. Jednakże uprawnienie to nie zmienia treści ust. 1 art. 36a ustawy Pzp, bowiem ani zamawiający ani wykonawca nie mogą zdecydować, iż w danym zamówieniu*

możliwe będzie podzlecenie całości zadania do wykonania. Zatem, zamawiający w ramach uprawnienia wynikającego z ust. 2 art. 36a ustawy Pzp może jedynie dokonać wyboru konkretnych elementów (części zamówienia), co do których nie będzie działał art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. Jeśli więc zamawiający nie określił zakazu rodzajowego dla części robót, co do których obowiązuje zakaz podzlecenia, to oznacza to, że jedynie powtórzył zasadę zakazu podzlecenia całości zamówienia określoną w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. (uchwała KIO z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16).

Mając na względzie, że ww. postanowienia umowne mają charakter generalny i nie dotyczą rodzajowo oznaczonej czynności (kluczowej części zamówienia), są one wprost niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, a nadto sprzeczne z zapisami Rozdziału 7 ust. 2 pkt. 5, oraz Rozdziału 12 pkt. 1 SWZ.

Załączniki:

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