

Wrocław, dnia 2 kwietnia 2024 r.

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

Odwołujący:

Optima Care Sp. z o. o.
ul. Towarowa 36; 85-746 Bydgoszcz
KRS: 0000571661 NIP: 971812331
numer telefonu:
510 011 618
adres poczty elektronicznej:
a.sliwinska@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko):
Anna Śliwińska

Zamawiający:

Wojewódzki Szpital Zespolony
im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie
ul. Szpitalna 45, 62-504 Konin
NIP NIP 665-104-26-75; REGON 000311591
tel.: 63 240-40-00; 63 240-41-33
email: szp@szpital-konin.pl
adres strony internetowej szpitala: www.szpital-konin.pl
adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie
https://platformazakupowa.pl/wsz_konin

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 poz. 1605 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Usługa sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń, powierzchni i urządzeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie w dwóch lokalizacjach, tj. przy ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1 i przy ul. Szpitalnej 45.* (znak postępowania: WSZ-EP-11/2024).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 59/2024 pod numerem 173564-2024 z dnia 22.03.2024 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Usługa sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń, powierzchni i urządzeń Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie w dwóch lokalizacjach, tj. przy ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1 i przy ul. Szpitalnej 45.* Numer referencyjny: WSZ-EP-11/2024.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez narzucenie wykonawcom wspólnie ubiegającym się udzielenie zamówienia obowiązku wystawienia jednej faktury na podstawie postanowienia pkt. XX.2.2.1. SWZ ;
- 2) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 Ustawy poprzez brak ustalenia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w postępowaniu;
- 3) art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 Ustawy oraz w zw. z art. art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez sformułowanie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do zmiany wynagrodzenia w przypadku:
 - a) złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenie po upływie 1 miesiąca od zdarzenia uzasadniającego wprowadzenie zmiany;
 - b) złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia, gdy ww. wniosek zostanie uznany za niejednoznaczny a okoliczności uzasadniające zmianę nieudowodnione, podczas, gdy w SWZ nie zostały wskazane kryteria wg., których będzie dokonywana ocena wniosku oraz nie wprowadzono żadnej procedury wyjaśnień lub uzupełnień wniosku.
- 4) art. 439 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.94 z zm.) – *dalej kc* poprzez wadliwe określenie we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przy projektowaniu treści projektu umowy polegającej na uwzględnieniu jedynie swoich interesów przy sformułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 Ustawy podczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać tj.:
 - a) poprzez określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia jako procentu (%) od miesięcznej wartości umowy;
 - b) poprzez niejednoznaczne wskazanie, okoliczności uprawniającej do wystąpienia o waloryzację – z postanowień umownych nie wynika jednoznacznie, czy waloryzacja będzie dopuszczalna w przypadku podwyżki cen o 10%, czy też w przypadku, gdy wskaźnik inflacji ulegnie podwyżce o 10% *ewentualnie* określenie ww. wskaźnika na poziomie wygórowanym;
 - c) poprzez sformułowanie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do waloryzacji wynagrodzenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację po upływie 14 dni od publikacji przez Prezesa GUS informacji o wskaźniku inflacji;

- 5) art. 8, art. 431 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia Zamawiającego do rozwiązania umowy z błędnego powodu;

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia, która będzie skutkowałą doprowadzeniem dokumentów zamówienia do zgodności z Ustawą tj. zmianę treści SWZ i ogłoszenia poprzez np. :

- 1) w zakresie zarzutu 1) - usunięcie z postanowienia XX.2.2.1. SWZ zastrzeżenia, że:
oraz zawierającą upoważnienie dla jednego z Wykonawców do składania a także do otrzymywania należnych płatności (o ile nie została przedłożona wraz z ofertą);
- 2) w zakresie zarzutu 2) – wprowadzenie do treści SWZ warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczeni ;
- 3) w zakresie zarzutu 3):
 - a) usunięcie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do zmiany wynagrodzenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację po upływie 1 miesiąca od zdarzenia uzasadniającego wprowadzenie zmiany tj. usunięcie postanowienia § 11 ust. 14 wzoru umowy;
 - b) usunięcie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do zmiany wynagrodzenia w przypadku, gdy wniosek zostanie uznany za niejednoznaczny a okoliczności uzasadniające zmianę nieudowodnione tj. usunięcie postanowienia § 11 ust. 15 wzoru umowy
lub ewentualnie
wprowadzenie do § 11 ust. 15 wzoru umowy kryteriów wg., których będzie dokonywana ocena wniosku oraz procedury wyjaśnień lub uzupełnień wniosku.
- c) w zakresie zarzutu 4):
 - a) określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenie jako procentu (%) od całkowitej wartości umowy wskazanej w § 2 ust. 2;
 - b) jednoznaczne wskazanie w SWZ, czy okolicznością warunkującą udzielenie waloryzacji jest zmiana cen o 10%, czy zmiana wskaźnika inflacji o 10% a w przypadku, gdyby ww. wskaźnik 10% nie dotyczył wzrostu cen lub kosztów niezbędnych do wykonania – obniżenie ww. wskaźnika do poziomu odpowiadającego prognozom inflacji w ujęciu rocznym na rok 2024;
 - c) usunięcie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do waloryzacji wynagrodzenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację po upływie 14 dni od

publikacji przez Prezesa GUS informacji o wskaźniku inflacji tj. postanowienia § 12 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy;

d) w zakresie zarzutu 5) – usunięcie postanowienia § 18 ust. 2 pkt 1 i 4 wzoru umowy.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

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

Zamawiający w dniu 22.03.2024 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, gdyż: *Usługa sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń, powierzchni i urządzeń Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. dr. Romana Ostrzyckiego w Koninie w dwóch lokalizacjach, tj. przy ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1 i przy ul. Szpitalnej 45.*

1. OBOWIĄZEK WYSTAWIENIA JEDNEJ FAKTURY

1.1. Zgodnie z postanowieniem XX. 2.2.1. SWZ:

Wykonawca, o którym mowa w ust. 1, zobowiązany będzie, przed podpisaniem umowy:

przedłożyć Zamawiającemu umowę podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stwierdzającą solidarną odpowiedzialność wszystkich Wykonawców za realizację zamówienia oraz zawierającą upoważnienie dla jednego z Wykonawców do składania a także do otrzymywania należnych płatności (o ile nie została przedłożona wraz z ofertą);

1.2. Odwołujący podnosi, że zastrzeżenie: *Wykonawca (...), zobowiązany będzie, przed podpisaniem umowy przedłożyć Zamawiającemu umowę podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) zawierającą upoważnienie dla jednego z Wykonawców do składania a także do otrzymywania należnych płatności* jest niezgodne z Ustawą oraz Kodeksem cywilnym, gdyż zobowiązuje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do składania Zamawiającemu jednej faktury, podczas gdy Ustawa nie zawiera upoważnienia dla Zamawiającego do ingerencji w treść umowy konsorcjalnej.

1.3. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 58 ust. 1 Pzp i art. 117 ust. 4 Pzp wykonawca posiada pełną dowolność w kreowaniu składu konsorcjum oraz w podziale obowiązków pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum (przy uwzględnieniu wymogu wynikającego z art. 117 ust. 3 Pzp). W konsekwencji Zamawiający wybierając ofertę wykonawcy będącego konsorcjum, nie ma możliwości wpływać na sposób podziału zakresu realizacji usługi wewnątrz konsorcjum oraz na treść samej umowy konsorcjum. Zamawiający ma prawo jedynie do wglądu do treści umowy konsorcjum w zakresie jego składu i podziału obowiązków pomiędzy członków konsorcjum.

1.4. Odwołujący wskazuje również, że w ramach realizacji umowy każda z firm wchodząca w skład konsorcjum wykonuje odmienne czynności dające w sumie pełny zakres realizacji przedmiotu umowy. Każda z firm wchodzących w skład konsorcjum za wykonane usługi zobowiązana jest mocą przepisów prawa podatkowego do wystawienia faktury VAT na rzecz podmiotu, dla którego usługę wykonała - czyli w tym przypadku dla Zamawiającego. Wystawianie faktur na lidera konsorcjum przez członków konsorcjum może być uznane za nieprawidłowe z przyczyn podatkowych podczas kontroli przez organy podatkowe. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny podatkowej, o wspólnym przedsięwzięciu należy mówić w każdym przypadku, gdy co najmniej dwa podmioty podejmują się współpracy w realizacji określonego, i najczęściej w miarę precyzyjnie zdefiniowanego, celu gospodarczego. Podmioty te zawierają więc umowę gospodarczą w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia, które ze względu na potencjał finansowy, zakres przedmiotowy lub kompetencyjny przekracza możliwości jednego tylko podmiotu - umowę konsorcjum. Kluczowe jest jednak, że na płaszczyźnie podatku dochodowego od osób prawnych (CIT), wspólne przedsięwzięcie czy konsorcjum nie posiada statusu podatnika. Oznacza to, że podatnikami podatku dochodowego są poszczególni członkowie takiej grupy gospodarczej (czyli podmioty współpracujące). Jednocześnie, jako podstawę do indywidualnego rozliczania należy wskazać art. 8, art. 19a, art. 106b Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Dz. U. z 2018 r. poz. 2174 z późn. zm. Zgodnie z którymi, jeśli podatnik VAT (konsorcjant) świadczy usługę bezpośrednio na rzecz

zamawiającego, to jest zobligowany do rozliczenia VAT należnego od tego świadczenia i wystawienia faktury na rzecz odbiorcy świadczenia czyli Zamawiającego. Mając na uwadze różnorodność czynności składających się na przedmiot zamówienia, często zdarza się, że poszczególne usługi realizowane w ramach całego przedmiotu umowy opodatkowane są różnymi stawkami podatku VAT, dlatego też, aby zapewnić przejrzystość podatkową, uzasadnione jest wystawianie faktur przez członków konsorcjum bezpośrednio Zamawiającemu jako faktycznemu odbiorcy usługi.

1.5. Wobec powyższego członek konsorcjum świadczący usługę opodatkowaną w innym wymiarze niż 23% lub zwolnioną z podatku z powodu rodzaju świadczonej usługi, jako jedyny podmiot w ramach konsorcjum ma możliwość wystawienia faktury zgodnie z przysługującym mu zwolnieniem z podatku lub innym niż 23% podatkiem VAT. Każdy z pozostałych członków w tym lider konsorcjum świadczący usługi opodatkowane 23% podatkiem VAT nie ma możliwości, wystawienia faktur ze zwolnieniem podatkowym lub w innym wymiarze niż 23%. Wystawienie przez lidera konsorcjum faktury zbiorczej na Zamawiającego zawierającego m.in. określenie wynagrodzenia za usługę np. zwolnioną z podatku, może być kwestionowane przez organy podatkowe i uznane za nieprawidłowe - bowiem lider jako konkretny płatnik podatku nie ma prawa korzystać ze zwolnień od podatku w ramach swojej działalności. Innymi słowy - każdy podmiot gospodarczy może świadczyć usługi i pobierać za nie wynagrodzenie w ramach przedmiotu swojej działalności i posiadanych uprawnień. Odwołujący zwraca uwagę, że na przedmiot niniejszego zamówienia składają się zarówno usługi opodatkowane stawką 23% jak i zwolnieniem z VAT.

1.6. Odwołujący wskazuje, że niedopuszczalnym jest pobieranie wynagrodzenia, a tym bardziej wystawienia faktur za usługi, co do których dany podmiot nie posiada odpowiednich licencji, pozwoleń czy też przywilejów podatkowych w postaci np. zwolnienia z podatku lub obniżonej stawki podatku. Odwołujący wskazuje, że Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w dniu 8 lipca 2013 r. IPPPI/443-377/13-3/AS wydał opinię w sprawie "*rozliczenia konsorcjum - podział przychodów i kosztów*", w której stwierdzono: "*Zawarcie umowy o wspólne przedsięwzięcie gospodarcze - umowy konsorcjum - nie ma na celu powstania nowego swoistego podmiotu gospodarczego, lecz stanowi porozumienie stron w zakresie realizacji wspólnego celu gospodarczego. Odnośnie rozliczenia podatku VAT przez uczestników konsorcjum, stwierdzić należy iż zgodnie z art. 1 ustawy, podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Oznacza to, że z punktu widzenia VAT każdy z członków konsorcjum jest odrębnym podatnikiem. Podatnikiem nie jest i nie może być natomiast samo konsorcjum. Dlatego też podmioty działające w ramach konsorcjum powinny do wzajemnych rozliczeń oraz do rozliczeń z podmiotem, na rzecz którego konsorcjum świadczy usługę stosować ogólne zasady w zakresie wystawiania faktur VAT dokumentujących wykonywane przez nich czynności.*"

1.7. Odwołujący zaznacza również, że zawarcie umowy konsorcjum nie prowadzi do powstania nowego bytu prawnego. W szczególności konsorcjum nie posiada zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych - w zdolność tą wyposażone są natomiast podmioty tworzące konsorcjum (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 marca 2016 r., sygn. akt. VI ACa 83/16).

Powyższe dotyczy również konsorcjum tworzonego w celu zawarcia i realizacji umowy o zamówienie publiczne, zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 17 grudnia 2014 r., sygn. akt: I ACa 1308/14: Brzmienie przepisu art. 23 ust. 3 Pzp przesądza jednoznacznie, iż konsorcjum na gruncie tej ustawy nie posiada podmiotowości prawnej, co oznacza, że nie jest odrębnym podmiotem (wykonawcą), a raczej "sumą pojedynczych wykonawców". Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 28 maja 2015 r., sygn. akt: I ACa 29/15: Konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stosunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się do wspólnego działania. "Wspólność" celu gospodarczego jest podstawowym atrybutem konsorcjum. Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w k.c., jest zatem zaliczana do umów nienazwanych kreowanych treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 3531 k.c. i traktowana jako umowa, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860-875 k.c.

- 1.8. Umowa konsorcjum winna wskazywać podmiot uprawniony do reprezentowania konsorcjum na zewnątrz i podejmowania czynności w imieniu pozostałych jego członków (tzw. lider konsorcjum). W myśl art. 445 ust. 1 Pzp: Wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania. Solidarna odpowiedzialność podmiotów tworzących konsorcjum oznacza, że zamawiający może żądać wykonania umowy o zamówienie publiczne od wszystkich członków konsorcjum, kilku spośród nich lub każdego z osobna, zaspokojenie roszczenia zamawiającego przez jednego z konsorcjantów zwalnia zaś pozostałych. Nie jest możliwe wyłączenie solidarnej odpowiedzialności konsorcjum wykonawców względem zamawiającego w drodze umowy, natomiast wzajemny podział zadań przyjęty w umowie konsorcjum wywołuje wyłącznie skutki wewnętrzne pomiędzy jego członkami.
- 1.9. W ocenie Odwołującego, z powyższego wynika, że istota umowy konsorcjum nie uzasadnia tego, by Zamawiający mógł przyjmować faktury tylko od jednego podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum. Zgodnie z zasadą - Konsorcjum ponosi odpowiedzialność solidarną wobec Zamawiającego, a Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia za wykonaną usługę lub dostawę każdemu z członków konsorcjum wg ustalonego w umowie wynagrodzenia. Jest zatem w pełni uzasadnione i konieczne ze względu na przepisy prawa podatkowego, aby wynagrodzenie należne wykonawcy, będącemu konsorcjum firm, było płatne zgodnie z fakturami VAT, wystawionymi przez każdego z członków konsorcjum realizujących usługę na kwoty, które w sumie stanowią wysokość miesięcznego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.
- 1.10. Odwołujący zwraca również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 16 sierpnia 2021 r. sygn. akt: KIO 2002/21, zgodnie, z którym:

Postanowienia, które obliguje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wskazania w treści umowy konsorcjum wyłączenie jednego członka konsorcjum lub jednego wspólnika spółki cywilnej z którym będą prowadzone rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W zakresie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ustawodawca w art. 58 ustawy Pzp wskazał specyficzne zasady odnoszące się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ustawodawca po pierwsze dopuścił możliwość ubiegania się o zamówienie wspólnie przez kilku wykonawców. W takim wypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ust. 3 ww. przepisu ustawodawca wskazał, że Zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto w ust. 4 zostało wskazane, że w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Dalej Izba wskazuje, że podstawą zawarcia umowy konsorcjum jest zasada swobody umów, gdyż nie jest to żadna z przewidzianych w przepisach prawa umów nazwanych. Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego - mającego zastosowanie na mocy art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Należy wskazać, że świetle zarówno przepisów ustawy Pzp jak i przepisów kodeksu cywilnego konsorcjum nie ma własnej podmiotowości prawnej, pojęcie to nie odzwierciedla jednorodnego typu umowy, stąd praktyka gospodarcza w tym przedmiocie odnotowuje zróżnicowane rozwiązania co do zasad współpracy. Na gruncie ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie jednakże wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność względem Zamawiającego za prawidłową realizację zamówienia (vide: art. 445 ust. 1 ustawy Pzp).

Dalej wskazać należy, że do konsorcjum nie odnosi się żadna szczególna regulacja na gruncie prawa podatkowego. Zastosowanie zatem ma art. 15 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i

usług (Dz. U. z 2021 r. poz. 685 z późn. zm.) (dalej "ustawa VAT"), który stanowi, że podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Oznacza to, że z punktu widzenia VAT każdy z członków konsorcjum jest odrębnym podatnikiem. Podatnikiem nie jest i nie może być natomiast samo konsorcjum. Należy wskazać, że w praktyce życia gospodarczego funkcjonuje wiele modeli konsorcjów, w których różnie organizowane są rozliczenia ze zleceniodawcą oraz zewnętrznymi kontrahentami, ponoszenie kosztów związanych z realizacją projektu czy wewnętrznych rozliczeń (przychodów i kosztów) pomiędzy członkami konsorcjum. Kwestie te podlegają umownej regulacji pomiędzy członkami konsorcjum i są determinowane co do zasady podziałem prac/zadań jakie członkowie konsorcjum wspólnie będą realizować, przy uwzględnieniu zasad wynikających z ustawy VAT.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że zakwestionowane postanowienie SWZ, zgodnie z którym tylko jeden członek konsorcjum/wspólnik spółki cywilnej będzie miał prawo prowadzenia rozliczeń z Zamawiającym poprzez wystawienie faktur na rzecz Zamawiającego narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kodeksu cywilnego. Zdaniem Izby takie postanowienie stanowi niedozwoloną ingerencję Zamawiającego w kształt umowy konsorcjum, zaś z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, jak również kodeksu cywilnego nie wynika uprawnienie Zamawiającego do tak szerokiego ingerowania w relacje kontraktowe członków konsorcjum.

Po pierwsze należy wskazać, że przedmiotem opodatkowania jest świadczenie usług. Przy konstrukcji jaką chciałby narzucić Zamawiający wykonawcom, usługi składające się na zamówienie *de facto* powinny być świadczone przez lidera konsorcjum na rzecz Zamawiającego. Pozostali członkowie konsorcjum winni świadczyć swoje usługi liderowi konsorcjum. Oznaczałoby to, że żaden członek konsorcjum nie mógłby świadczyć usługi na rzecz Zamawiającego, pomimo, iż jest stroną umowy o udzielenie zamówienia publicznego i za wykonanie zamówienia zgodnie z ustawą Pzp odpowiada przez Zamawiającym, a nie przed liderem konsorcjum. Zaakceptowanie proponowanego postanowienia mogłoby prowadzić do absurdalnej sytuacji, w której członek konsorcjum otrzymuje wynagrodzenie od lidera konsorcjum pomimo, że nie świadczył na jego rzecz żadnych usług czy dostaw.

Po drugie, Izba wskazuje, że na etapie określenia postanowień SWZ Zamawiający nie ma żadnej wiedzy w jaki sposób konsorcjum będzie faktycznie realizowało zamówienia i w jakim zakresie członkowie konsorcjum będą świadczyć usługę bezpośrednio na rzecz Zamawiającego, a w jakim zakresie na rzecz lidera konsorcjum, który następnie będzie świadczył na rzecz Zamawiającego. To dopiero treść umowy konsorcjum i sposób realizacji wzajemnych obowiązków, zakresu zamówienia przez każdego z konsorcjantów umożliwi *de facto* określenie sposobu rozliczenia z Zamawiającym. Determinowanie *a priori* przez Zamawiającego na etapie publikacji SWZ sposobu rozliczenia pomiędzy konsorcjantami jest zdaniem Izby działaniem nieuprawnionym. Podkreślić należy, że ustawodawca w art. 59 ustawy Pzp wskazał, że jeżeli została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Po trzecie, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, iż zakwestionowana klauzula została wprowadzona na bazie posiadanego doświadczenia i jest dla niego korzystana z punktu widzenia organizacji procesu rozliczenia, to zdaniem Izby takie stanowisko nie może być uznane za prawidłowe. Izba podkreśla, że względy organizacyjne nie uzasadniają w żaden sposób prawa Zamawiającego do pośredniego kształtowania sposobu wykonania zamówienia przez konsorcjum poprzez narzucenie w umowie zasad rozliczenia za wykonane usługi. Ani z przepisów ustawy VAT ani z przepisów ustawy Pzp nie wynika, że aspekt organizacyjny ma znaczenie kształtujące relacje pomiędzy uczestnikami konsorcjum, a zleceniodawcą tj. zamawiającym. Zdaniem Izby wystawianie faktur Vat przez lidera konsorcjum tylko w celu sprawniejszej organizacji rozliczeń z Zamawiającym nie stanowi przesłanki do narzucenia wykonawcom sposobu realizacji zamówienia. Żaden przepis VAT ani ustawy Pzp nie uprawnia lidera konsorcjum do wystawienia faktury VAT na rzecz Zamawiającego, w sytuacji gdy członkowie konsorcjum nie świadczyli na jego rzecz żadnych usług czy dostaw, ale bezpośrednio na rzecz Zamawiającego. Wystawiane faktur VAT przez lidera konsorcjum tylko w celu sprawniejszej organizacji rozliczeń z Zamawiającym nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Izba podkreśla, że dopiero na etapie zawarcia umowy konsorcjum przez jego członków i podziale zadań składających się na realizację zamówienia możliwe jest określenie kto i w jakim zakresie świadczy usługi i w związku z tym podlega opodatkowaniu i jest uprawniony do wystawienia faktury VAT na rzecz Zamawiającego. Brak jest podstaw do przyjęcia a priori, że w relacjach z Zamawiającym tylko lider konsorcjum będzie miał status bezpośredniego wykonawcy i tylko on może wystawić Zamawiającemu fakturę VAT za realizację zamówienia. Niewątpliwe rozliczenie kompleksowe całego zamówienia w zakresie podatku od towarów i usług odbywa się na linii pomiędzy konsorcjum, a Zamawiającym. I to w tym stosunku prawnym dochodzi do świadczenia usług i dostaw towarów objętych podatkiem VAT. Należy podkreślić, że stroną umowy o realizację zamówienia publicznego nie jest wyłącznie lider konsorcjum, ale każdy jego członek. Wszyscy członkowie konsorcjum zobowiązują się solidarnie do wykonania zamówienia na rzecz Zamawiającego. Co oznacza, że każdy członek konsorcjum ma prawo na zasadach ustalonych z innymi członkami, w tym liderem, do realizacji zamówienia tj. wykonaniu umowy, a zatem działaniu z mocy tej umowy i na zlecenie Zamawiającego, a nie z mocy umowy konsorcjum i na zlecenie lidera konsorcjum. Stąd też, w ocenie Izby, zakwestionowane postanowienie uznać należy za naruszające zasadę swobody kształtowania realizacji kontraktowych członków konsorcjum poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w konsekwencję realizację zamówienia. Zamawiający bowiem poprzez narzucenie wykonawcom określonego sposobu rozliczenia za realizację zamówienia, ingeruje w stosunki umowne konsorcjantów poprzez próbę pośredniego kształtowania zasad wykonania zamówienia. Takie uprawnienie Zamawiającego nie jest uzasadnione ani charakterem zamówienia ani proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

- 1.11. Ponadto zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 6 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2013/20) Zamawiający nie może wpływać na treść umowy łączącej grupę wykonawców, w tym m.in. narzucać sposobu rozliczeń ograniczających uprawnienie wykonawców do swobodnego ustalenia treści umowy konsorcjum.

2. WARUNEK WIEDZA I DOŚWIADCZENIE

2.1. Zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawca w ogóle nie jest zobowiązany wykazać, że posiada jakiegokolwiek doświadczenie w realizacji usług tożsamych lub podobnych do przedmiotu zamówienia.

2.2. Odwołujący podnosi, że SWZ narusza przepisy ustawy i podstawowe zasady systemu zamówień, poprzez rezygnację z jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu. Brak jakichkolwiek warunków w obszarze doświadczenia dopuszcza do realizacji zamówienia podmiot, który w ogóle nie dysponuje doświadczeniem, co nie jest usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego wynikającymi z SWZ.

2.3. W ocenie Odwołującego brak postawienia w postępowaniu wymogów co do wiedzy i doświadczenia wykonawców jest nieadekwatny do złożoności kompleksowej usługi opisanej w SWZ, wysokich wymagań stawianych wykonawcom przez Zamawiającego oraz konieczności zorganizowania i sprawnego nadzorowania szerokiego zakresu usług świadczonych przez 7 dni w tygodniu przez zespół kilkudziesięciu pracowników Wykonawcy. Do realizacji takiej usługi musi zostać wybrany Wykonawca, który posiada potwierdzone referencjami doświadczenie, wiedzę i kompetencje w świadczeniu usług w tak dużym obiekcie, obsługującym podobną ilość pacjentów, o podobnym poziomie referencyjności oraz podobnie wysokich wymaganiach i złożoności usługi będącej przedmiotem zamówienia. Tylko takie doświadczenie pozwala na Zamawiającemu na uzyskanie realnego potwierdzenia, iż wybrany wykonawca jest zdolny do:

- 1) opracowania i wdrożenia optymalnego modelu usługi zgodne z wymaganiami i standardami Zamawiającego, w oparciu o wypracowane najlepsze praktyki w świadczeniu usługi dla Szpitali o podobnym charakterze, wielkości i złożoności usługi oraz wypracowanymi dla tego typu obiektów standardami Wykonawcy w zakresie:
- 2) nadzoru nad usługą, uwzględniając liczbę i kompetencje osób z nadzoru;
- 3) posiadania pracowników o wymaganych kwalifikacjach i zapewnienia organizacji pracy, standardów ubioru, szkoleń, weryfikacji i podnoszenia kompetencji, systemu rekrutacji i utrzymania pracowników, sprawnego zapewniania w razie potrzeby równorzędnych zastępstw, obsługi kadrowo- płacowej i socjalnej;
- 4) zapewnienia sprzętu ręcznego (np. wózki kuwetowe i mopy jednego kontaktu, osprzęt ręczny, mopy i ściereczki, asortyment środków do dezynfekcji dobrany do zagrożenia oraz przeznaczone do obiektów medycznych, ekologiczne preparaty do mycia, doczyszczania i konserwacji powierzchni);
- 5) zapewnienia sprzętu mechanicznego, którym będą nowoczesne maszyny i urządzenia dobrane do rodzaju powierzchni i procesów, ekologiczne, dostosowane do pracy w obiektach szpitalnych;
- 6) wykorzystanie innowacyjnych technologii do kompleksowego utrzymania czystości w tego typu obiekcie medycznym
- 7) opracowania i wdrożenia procedur, instrukcji, planu higieny, system powiadamiania pracowników, itd.;

- 8) zapewnienia kontroli jakości usługi;
- 9) zapewnienia sprawnej komunikacji z klientem, w tym szybkiego rozpatrywania reklamacji
- 10) optymalnego zorganizowania, skoordynowania i nadzoru świadczonych usług w tak dużym kompleksie obiektów, przez kilkusetosobowy zespół pracowniczy, zapewniając przy tym bezpieczeństwo sanitarno-higieniczne pacjentom i personelowi oraz uczestnicząc w pomocy w opiece nad pacjentem i wykonywaniu procedur medycznych o dużym poziomie złożoności i wymaganej kompatybilności z funkcjonowaniem szpitala, pracą personelu medycznego i wymaganiami związanymi z opieką nad pacjentem.

3. KLAUZULA WALORYZACYJNA DOTYCZACA ART. 436 USTAWY

3.1. Zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 14 i 15 wzoru umowy:

Wykonawca z zamiarem zmiany w zakresie wynagrodzenia wraz z kalkulacją oraz dokumentacją, o której mowa wyżej powinien zgłosić Zamawiającemu w formie pisemnego wniosku w terminie 1 miesiąca od zdarzenia uzasadniającego wprowadzenie zmiany pod rygorem pominięcia. Wniosek złożony po terminie Strony uznają za niebyły.

Zmiana Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia nie zostanie dokonana w przypadku gdy z przedstawionej przez Wykonawcę dokumentacji jego uprawnienie w przedmiotowym zakresie (oraz jego treść) nie zostanie przez Wykonawcę w sposób jednoznaczny wykazane.

3.2. Odwołujący podnosi, że postanowienie zawarte w § 11 ust. 14 i 15 wzoru umowy jest niezgodne z Ustawą, gdyż skutkuje uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy w okolicznościach wymienionych w art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy. Zamawiający na mocy ww. postanowień uwolni się od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy po upływie terminu wskazanego w umowie lub w przypadku, gdy wniosek o zmianę wynagrodzenia zostanie oceniony jako niejednoznaczny. Zważywszy na fakt, że przepis art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujących to działania mające na celu uchylene jego stosowania lub znoszące jego działanie są niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego.

3.3. Odwołujący powtarzając za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt: X GC 5/23, podnosi, że na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, określenie zasad dokonania zmian wynagrodzenia należnego stronie powodowej (wykonawcy), nie oznacza możliwości ograniczania czasu waloryzacji, a powinno to być oznaczenie technicznych zasad, na jakich ta zmiana powinna się pojawić. Wobec powyższego oraz zważywszy na fakt, że przepis art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujący to ww. zastrzeżenie umowne jest niezgodne z Ustawą i Kodeksem cywilnym. Zastrzeżenie to jest również nieważne jako niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego a ponadto stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do formułowania postanowień umownych. Zamawiający nadużył przywołanego prawa, gdyż poprzez wskazanie terminu na złożenie wniosku waloryzacyjnego, ograniczył możliwość stosowania art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, do czego nie jest uprawniony na podstawie przywołanego przepisu ustawy.

3.4. Niezależnie od powyższego Odwołujący zwraca również uwagę, że w SWZ nie zostały wskazane kryteria wg., których będzie dokonywana ocena wniosku waloryzacyjnego oraz nie wprowadzono żadnej procedury wyjaśnień lub uzupełnień wniosku. Wobec powyższego istnieje ryzyko, że wniosek waloryzacyjny będzie oceniany dowolnie. Ponadto wykonawca nie jest w stanie ocenić, czy podała obowiązkowi wykazania zmiany kosztów, wynikającemu z § 11 ust. 15 wzoru umowy. Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować, czy założony przez niego sposób wykazania zmiany kosztów odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego a tym samym nie jest w stanie ocenić, czy ryzyko zmiany kosztów wykonania zamówienia spowodowane zmianami prawa określonymi z art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy powinien w kalkulować w cenę ofertową.

3.5. Odwołujący podkreśla, że formułowanie postanowień umownych uwalniających Zamawiającego od obowiązku zastosowania art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy jest niezgodne z celem przepisu. Powodem nowelizacji przepisu art. 142 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych – aktualnie art. 436 pkt 4 lit. b) - było m.in., że: *„w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”*.

Na temat ww. przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyrok z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem, który zachował aktualność w obowiązującym stanie prawnym: *„(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględnić również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.*

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów

(projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenie wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)”.

4. KLAUZULA WALORYZACYJNA – ART. 439 USTAWY

4.1. Zgodnie z postanowieniami § 12 ust. 1 wzoru umowy:

Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy (zwana dalej „zmianą wynagrodzenia”) jest dopuszczalna pod warunkiem spełnienia łącznie następujących warunków:

- 1) *nastąpiła zmiana wskaźnika cen materiałów lub kosztów (średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem) – związanych z realizacją Umowy - ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku*

Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” w terminie do dnia 31 stycznia roku następnego za poprzedni rok kalendarzowy, na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 291, z późn. zm.), pod warunkiem, że zmiana ta polega na wzroście bądź spadku cen o co najmniej 10% w danym roku w stosunku do roku poprzedniego,

- 2) zmiana wynagrodzenia może być dokonana nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od zawarcia Umowy, i nie częściej niż raz w roku,
- 3) zmiana wynagrodzenia będzie następowała w odniesieniu do wskaźnika zmiany,
- 4) łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia na podstawie niniejszego paragrafu nie może przekroczyć iloczynu, będącego wynikiem następującego działania:

$$Wu \times Sz \times 30\% = \text{łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia}$$

gdzie:

Wu – wartość umowy pierwotnej, o której mowa w § 2 ust. 1 Umowy,

Sz - suma zmian wskaźnika, o którym mowa w pkt 1) niniejszego paragrafu, w trakcie obowiązywania Umowy,

- 5) wniosek o zmianę wynagrodzenia zostanie złożony drugiej Stronie w terminie 14 dni od ogłoszenia komunikatu, o którym mowa w pkt 1); w przypadku niezłożenia w tym terminie wniosku, przyjmuje się, iż zmiana cen materiałów lub kosztów nie ma faktycznego wpływu na koszty związane z wykonaniem Umowy przez Wykonawcę,
- 6) strona wnioskująca o zmianę wynagrodzenia wykaże we wniosku, że zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała faktyczny wpływ na koszty wykonania Umowy, oraz dołączy do wniosku szczegółową kalkulację uzasadniającą odpowiednio wzrost albo obniżenie kosztów,
- 7) zmiana wynagrodzenia zostanie wprowadzona w drodze aneksu do Umowy zawartego w formie pisemnej pod rygorem nieważności,
- 8) zmiana wynagrodzenia Wykonawcy obowiązywać będzie od daty wskazanej w aneksie, przy czym nie wcześniej niż po upływie 30 dni od daty przedłożenia przez wnioskującą Stronę wniosku wraz z kalkulacją wykazujących zasadność tej zmiany, i dotyczyć będzie wyłącznie niezrealizowanej części Umowy.

4.2. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Ustawą oraz Kodeksem cywilnym, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący konkretyzuje, że niezgodność ww. klauzuli z Ustawą i kodeksem cywilnym polega na:

- 1) określeniu maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia liczonej jako procent (%) od miesięcznej wartości umowy;

- 2) niejednoznacznym wskazaniu, okoliczności uprawniającej do wystąpienia o waloryzację – z postanowień umownych nie wynika jednoznacznie, czy waloryzacja będzie dopuszczalna w przypadku podwyżki cen o 10%, czy też w przypadku, gdy wskaźnik inflacji ulegnie podwyżce o 10%;
 - 3) poprzez sformułowanie postanowień umownych skutkujących utratą prawa do waloryzacji wynagrodzenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację po upływie 14 dni od publikacji przez Prezesa GUS informacji o wskaźniku inflacji;
- 4.3. W zakresie dotyczącym - wartości zmiany wynagrodzenie liczonej jako procent (%) od miesięcznej wartości umowy, Odwołujący podnosi, że:

4.3.1. Zamawiający w ww. wzorze służącym obliczeniu wartości waloryzacji wskazał, że wartość waloryzacji zostanie wyliczona z zastosowaniem współczynnika W_u tj: W_u – wartość umowy pierwotnej, o której mowa w § 2 ust. 1 Umowy. W § 2 ust. 1 określone zostały ceny jednostkowe oraz ceny za miesięczne realizacje usług.

4.3.2. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że waloryzacja jest w rzeczywistości niemożliwa do przeprowadzenia, gdyż § 2 ust. 1 Umowy nie zawiera jednej konkretnej kwoty. Ponadto, gdyby nawet przyjąć, że jest suma kwot wskazanych w § 2 ust. 1 Umowy to tak wartość ta oscyluje wokół miesięcznej wartości umowy a więc 1/24 wartości umowy.

4.3.3. Odwołujący podnosi, że wartość zmiany dwuletniej umowy obliczona w sposób opisany powyżej wynosić będzie nie więcej niż ułamek wartości miesięcznej realizacji zamówienia. Tak ustalony limit jest bardzo niski i zezwala na sumaryczną maksymalną zmianę netto wynagrodzenia kształtującą się na wysokości proggu wartościowego, który Prawo zamówień publicznych uważa za zmianę nieistotną. Zmiana wynagrodzenia na poziomie 10%, jest kwalifikowana w Pzp jako nieistotna zmiana umowy. Wobec powyższego skoro zmiana na poziomie 10% jest kwalifikowana jako nieistotna to tym samym dowodzi to, że Zamawiający nie zapewnił w umowie rzeczywistej równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami. Zamawiający zobowiązał się do dokonywania co najwyżej nieistotnej podwyżki wynagrodzenia wykonawcy, która to podwyżka może wynosić 0,5% wartości brutto oferty lub mniej. Klauzula spełniająca wymogi art. 439 Ustawy wymaga od Zamawiającego stworzenia klauzuli realnie i sprawiedliwie rekompensującej zmiany kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający na mocy ww. klauzuli zdjął z siebie ciężar ponoszenia kosztów ww. zmian a zobowiązał się wyłącznie do ponoszenia kosztów w wysokości uważanej za nieistotne. Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 31 stycznia 2023 r. (sygn. akt: KIO 133/23) *limit waloryzacji wynagrodzenia (...) do 20% to w ocenie Izby poziom (...) rozsądny w świetle zasad doświadczenia życiowego, a także uwzględnia aktualny poziom inflacji i jej możliwy wpływ na koszt realizacji zamówienia.*

4.3.4. Odwołujący wskazuje, że tak nisko ustalony maksymalny poziom zmiany wynagrodzenia w żaden sposób nie rekompensuje zmiany kosztów wykonania zamówienia. Poziom ten nie koresponduje z aktualnym wskaźnikiem inflacji, ani z

żadnym innym wskaźnikiem, który mógłby potwierdzać, że współfinansowanie zmienionych kosztów wykonania zamówienia na ww. poziomie ma charakter realny i rzeczywisty. Wartość partycypacji Zamawiającego w zmienionych kosztach wykonania zamówienia stanowi wymiar symboliczny. Tak niski maksymalny poziom zaangażowania Zamawiającego w zmienionych kosztach wykonania zamówienia stanowi dowód na zachwianie równowagi ekonomicznej pomiędzy Stronami umowy.

4.3.5. Odwołujący zwraca również uwagę, że nie istnieje uzasadnienie ekonomiczne potwierdzające, że dopuszczenie zmian wynagrodzenia w wysokości nieprzekraczającej przez pełne dwa lata 0,5 % wartości umowy w sposób należyty rozkłada ryzyka umowne i stanowi wykonanie przepisu art. 439 ust. 1 Ustawy.

4.4. W zakresie dotyczącym - niejednoznacznym wskazaniu, okoliczności uprawniającej do wystąpienia o waloryzację – z postanowień umownych nie wynika jednoznacznie, czy waloryzacja będzie dopuszczalna w przypadku podwyżki cen o 10%, czy też w przypadku, gdy wskaźnik inflacji ulegnie podwyżce o 10%.

4.4.1. We wzorze umowy wskazano, że *Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (...) jest dopuszczalna pod warunkiem spełnienia łącznie następujących warunków: nastąpiła zmiana wskaźnika cen materiałów lub kosztów (średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem) – związanych z realizacją Umowy – (...) pod warunkiem, że zmiana ta polega na wzroście bądź spadku cen o co najmniej 10% w danym roku w stosunku do roku poprzedniego,*

4.4.2. Odwołujący podnosi, że ww. postanowienie jest niejednoznaczne, gdyż nie sposób rozstrzygnąć, czy warunkiem zmiany wynagrodzenia wykonawcy jest zmiana wskaźnika informacji o 10%, czy zmiana cen o 10%. W ocenie Odwołującego klauzula waloryzacyjna z art. 439 Ustawy powinna być sformułowana w sposób konkretny i precyzyjny.

4.4.3. Odwołujący zwraca również uwagę, że zgodnie z Dyrektywą Klasyczną *Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej (...)*. (Preambuła dyrektywy 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna), pkt 111). Ze względu na powyższe niezgodne z prawem jest formułowanie klauzul waloryzacyjnych niedookreślonych, negocjacyjnych lub umożliwiających stronom dowolną konwersję postanowień umowy. Niedopuszczalnym jest więc pozostawianie niedookreślonych, lub nieopisanych elementów klauzuli indeksacyjnej określających sposób wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy po aktualizacji.

4.4.4. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy, wykonawca na podstawie postanowień wzorca umowy, powinien uzyskać wiedzę jaki poziom ryzyka związanego ze zmianą poziomu cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia zobowiązany będzie sfinansować samodzielnie, a w której części ww. ryzyka i w jakiej wysokości będzie partycypował Zamawiający. Postanowienia aktualnych wzorców umownych dotyczących przedmiotowego postępowania nie

zawierają ww. informacji. Tym samym klauzule sformułowana przez Zamawiającego są wadliwe i nie stanowią wykonania ww. zobowiązania do odpowiedniej zmiany umowy. Klauzule te nie zawierają bowiem ściśle określonego, obiektywnego miernika, który będzie podstawą zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

- 4.4.5. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy nie jest dopuszczalne wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne zapisu „otwartego”, umożliwiającego zmianę wynagrodzenia na zasadach ustalonych (sprecyzowanych, zdefiniowanych) przez strony po zawarciu umowy lub jednostronnie przez wykonawcę albo Zamawiającego. Wprowadzenie do SWZ tego typu „otwartych” postanowień nie stanowi wykonania przez Zamawiającego obowiązków, o których mowa w art. 439 Ustawy. Przeciwnie sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest czynnością sprzeczną z Ustawą, która jako taka wywołuje skutek, o którym mowa w art. 58 § 1 kc. Ponadto sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest również niezgodne z art. 353¹, gdyż stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, przejawiające się w kształtowaniu niedozwolonych ze względu na przepisy Ustawy klauzul waloryzacyjnych, które nie gwarantują ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron.
- 4.4.6. Nienależnie od powyższego z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza również, że, w przypadku, gdyby ww. postanowienia umowne należało odczytywać jak warunek dopuszczający waloryzację w przypadku, gdy wskaźnik inflacji wzrośnie o 10% , to tak wysoko ustalony wskaźnik powoduje, że Zamawiający uniknie stalowania w umowie art. 439 Ustawy. Odwołujący zwraca uwagę, że aktualny roczny wskaźnik inflacji wynosi 11,4% a prognozy opublikowane przez NBP zakładają, że inflacja CPI w 2024 r. znajdzie się na poziomie 3,0 proc., w 2025 r. wyniesie 3,4 proc., a w 2026 r. obniży się do 2,9 proc. - wynika z marcowej projekcji NBP. Centralna ścieżka PKB zakłada wskaźnik inflacji CPI w 2024 r. wynoszący średnio 5,7 proc. W 2025 r. ma spaść do 3,5 proc., a w 2026 r. do 2,7 proc.. Wobec powyższego wskaźnik założony w wzorze umowy dotyczy wyłącznie zdarzeń o charakterze siły wyższej. Uwagi wymaga, że wymagany w umowie wskaźnik warunkujący udzielenie waloryzacji jest niemal dwukrotnie wyższy niż przewidywana inflacja za 2024 r.. Działanie takie jest nieracjonalne i dowodzi zamiaru uniknięcia stosowania ustawy a nie woli sformułowania w umowie klauzuli spełniającej wymogi art. 439 ustawy.
- 4.4.7. Odwołujący podnosi, że uzależnienie dokonania zmiany wynagrodzenia umownego od wystąpienia zjawisk o charakterze siły wyższej jest niezgodne z celem art. 439 Ustawy. Odwołujący zwraca uwagę, że usunięciu skutków oddziaływania siły wyższej na realizację kontraktu służy art. 455 ust. 1 pkt 4 Ustawy a nie art. 439. Określenie wskaźnika wzrostu cen na poziomie charakterystycznym dla zjawiska nadzwyczajnego i nieprzewidywalnego jako warunku waloryzacji służy obejściu przepisów prawa. Warunek ten jest wygórowany i jego wyłącznym celem jest przerzucenie na wykonawcę całkowitego ryzyka zmiany cen na rynku.

4.5. W zakresie dotyczącym - sformułowania postanowień umownych skutkujących utratą prawa do waloryzacji wynagrodzenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację po upływie 14 dni od publikacji przez Prezesa GUS informacji o wskaźniku inflacji

4.5.1. We wzorze umowy wskazano, że *wniosek o zmianę wynagrodzenia zostanie złożony drugiej Stronie w terminie 14 dni od ogłoszenia komunikatu, o którym mowa w pkt 1); w przypadku niezłożenia w tym terminie wniosku, przyjmuje się, iż zmiana cen materiałów lub kosztów nie ma faktycznego wpływu na koszty związane z wykonaniem Umowy przez Wykonawcę*

4.5.2. Odwołujący podnosi, że ww. postanowienie jest niezgodne z Ustawą, gdyż skutkuje uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy w okolicznościach wymienionych w art. 439 Ustawy. Zamawiający na mocy ww. postanowień uwolnił się od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy po upływie terminu wskazanego w umowie. Zważywszy na fakt, że przepis art. 439 Ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujących to działania mające na celu uchylenie jego stosowania lub znoszące jego działanie są niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego.

4.5.3. Odwołujący zwraca również uwagę, że art. 439 Ustawy nie zawiera dla uprawnienie dla Zamawiającego do formułowania dodatkowych lub innych ograniczeń do zastosowania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy niż wynika to z ww. przepisu. Odwołujący podkreśla, że ww. przepis nie uzależnia prawa do waloryzacji od terminu złożenia wniosku waloryzacyjnego. Ponadto przepis ten nie zawiera zastrzeżenia, które wprowadzałoby jakąkolwiek fikcję prawną lub domniemanie uprawniające do odstąpienia od waloryzacji pomimo, że spełniły się skonkretyzowane w umowie warunki obligujące strony do przeprowadzenia tejże waloryzacji.

4.5.4. Odwołujący powtarzając za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt: X GC 5/23, podnosi, że *na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, określenie zasad dokonania zmian wynagrodzenia należnego stronie powodowej (wykonawcy), nie oznacza możliwości ograniczania czasu waloryzacji, a powinno to być oznaczenie technicznych zasad, na jakich ta zmiana powinna się pojawić*. Wobec powyższego oraz zważywszy na fakt, że przepis art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujący to ww. zastrzeżenie umowne jest niezgodne z Ustawą i Kodeksem cywilnych. Zastrzeżenie to jest również nieważne jako niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego a ponadto stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do formułowania postanowień umownych. Zamawiający nadużył przywołanego prawa, gdyż poprzez wskazanie terminu na złożenie wniosku waloryzacyjnego, ograniczył możliwość stosowania art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, do czego nie jest uprawniony na podstawie przywołanego przepisu ustawy.

5. WYPOWIEDZENIE UMOWY

5.1. Zgodnie z postanowieniami wzory umowy:

§ 18 ust. 2 pkt 1 i 4

Zamawiający może rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku:

1) *3-krotnego naliczenia kary umownej;*

(...)

2) *gdy Wykonawca pomimo dwukrotnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego nadal nie wykonuje należycie usług,*

(...).

5.2. Odwołujący podnosi, że ww. okoliczności wyprowadzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym zostały ustalone dowolnie i umożliwiają Zamawiającemu rozwiązanie umowy w dowolnym momencie jej trwania z błahego powodu. Odwołujący zaznacza, że zgodnie ze wzorem umowy Zamawiający jest uprawniony do naliczenia kary umownej np. w przypadku nienależytego wykonania przez Wykonawcę pod względem jakości usługi sprzątnia lub dezynfekcji. Powyższa kara może być naliczana za każde dowolne – nawet drobne uchybienie w realizacji umowy – a ponadto może być naliczona również za niezawinione nienależyte wykonanie. Wobec powyższego nie ma przeszkód, aby przesłanka do wypowiedzenia umowy mogła powstać już w pierwszym miesiącu realizacji umowy. Uwagi wymaga również, że wystąpienie przesłanki ww. 3-krotnego naliczenia kary umownej dotyczy całego okresu realizacji umowy. Oznacza to, że przez 24 miesiące realizacji umowy wykonawcy nie mogą być naliczone więcej niż dwie dowolne kary umowne. W przypadku przekroczenia ww. limitu Zamawiający może wypowiedzieć umowę w dowolnym momencie.

Ponadto istotna również, druga przesłanka do wypowiedzenia umowy - *gdy Wykonawca pomimo dwukrotnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego nadal nie wykonuje należycie usług.* Forma oraz tryb zgłoszenia ww. zastrzeżeń nie został opisany w SWZ. Wobec powyższego wystarczy dwukrotne ustne zgłoszenie zastrzeżeń, aby umowa mogła być rozwiązana przez Zamawiającego.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego powyższe postanowienia naruszają ustawę, gdyż umożliwią wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego z dowolnego a ponadto z powodu, który może być niezawiniony przez wykonawcę.

5.3. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej niedozwolone jest formułowanie postanowień umownych uprawniających Zamawiających do wypowiedzenia umowy w dowolnym momencie jej trwania przy jednoczesnym zniesieniu skutków takiego wypowiedzenia tj. przy jednoczesnym uchyleniu odpowiedzialności odszkodowawczej Zamawiających. W ocenie KIO zastrzeżenie możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego danego rodzaju umowy z błahego powodu, incydentalnego niewykonania pojedynczego postanowienia umownego, niewykonania świadczenia ubocznego - 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 3-y miesięcznym okresie jej obowiązywania.

5.4. Odwołujący podnosi, że przywołane postanowienie umowne pozwalają Zamawiającemu na

rozwiązanie umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę. Odwołujący podnosi, że umowa powinna enumeratywnie wskazywać przestanki odstąpienia od umowy o charakterze istotnym i skutkującym nienależytą jakością świadczenia głównego. Brak precyzyjnego określenia ww. okoliczności powoduje, że Zamawiającego, dopiero w toku realizacji umowy, arbitralnie zdecyduje o wyborze okoliczności uzasadniających odstąpienie. 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.

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

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

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

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