Gdynia, dnia 16.03.2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

 **przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych**

 **ul. Postępu 17a**

**02-676 Warszawa**

 **Odwołujący:**

Impel Facility Services Sp. z o.o.

ul. Ślężna 118

53-111 Wrocław

KRS 0000005901

NIP 9542250979

tel. 510 016 189

e-mail: p.dzikowski@optimacare.pl

reprezentowany przez:

Piotra Dzikowskiego

**Zamawiający:**

 Szpitale Pomorskie

 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

 ul. Powstania Styczniowego 1

81-519 Gdynia

kontakt e-mail: zp@szpitalepomorskie.eu

Sygn. akt: KIO 618/22

**ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE**

Niniejszym, jako upoważnieni do reprezentowania Szpitali Pomorskich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z przesłaną informacją odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobraną na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm. dalej zwaną „ustawą PZP”) w imieniu Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie KIO 618/22

wnosimy o:

1. 1. oddalenie odwołania w całości – z uwagi na niezasadność zarzutów odwołania,
2. 2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego i opłat skarbowych od pełnomocnictw, według norm przepisanych.

**UZASADNIENIE**

1. Na mocy art. 521 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w odpowiedzi na odwołanie Wykonawcy Impel Facility Services Sp. z o.o. we Wrocławiu, złożonew dniu 04.03.2022 r., w postępowaniu znak **D25C/251/N/37-91rj/21** prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na

„Świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości oraz prac pomocniczych dla Szpitali Pomorskich sp. z o. o. w lokalizacji Pomorskiego Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy w Gdańsku”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr ogłoszenia 2022/S 038-098347 w dniu 23 lutego 2022 r., Zamawiający stwierdza, iż zarzuty postawione przez Odwołującego w odwołaniu w całości winny ulec oddaleniu jako niezasadne.

Odwołujący w odwołaniu przedstawił następujące zarzuty:

1. **art. 16** Ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
2. **art. 41 w związku art. 106 b i 106 e** Ustawy 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w związku z **art. 62** ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karno – skarbowy – poprzez nieprawidłowe określenie stawek podatkowych, zgodnie z którymi wykonawcy winni wystawiać faktury za wykonanie przedmiotu zamówienia.
3. **art. 8, art. 431, art. 16, art. 17** Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie łącznej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę;
4. **art. 433 pkt 4, art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy** oraz **art. 8, art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16, art. 17 Ustawy** oraz **art. 58 ustawy Kodeks cywilny** poprzez wskazanie w treści SWZ, w tym również w projekcie umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron na poziomie nieracjonalnym, przenoszącym wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na Wykonawcę oraz skutkującym obejściem wymogu ustawy Prawo zamówień publicznych do wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

**Ad. 1 i 2. W zakresie w/w zarzutów i wniosków odwołania z Ad. 1 i 2 Zamawiający wnosi o oddalenie w/w zarzutów w całości.**

Odwołujący w związku z przedstawionymi zarzutami odwołania wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu usunięcia z SWZ zapisu, obligującego wykonawcę do wyceny usługi z zachowaniem 23% stawki podatku VAT tj. „*Zamawiający informuje, że czynności pomocnicze związane z organizacją pracy w szpitalu nie są usługami w zakresie opieki medycznej, nie służą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz nie są usługami ściśle z tymi usługami związanymi”.*
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w sposób umożliwiający wykonawcom samodzielny podział zadań (czynności) i kwalifikację tychże zadań ze względu na stawki podatku VAT oraz prawidłowe wystawianie faktur za realizowane zadania co pozwoli przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Rozwiązanie będzie się również mieścić w granicach swobody Zamawiającego w obiektywnym określaniu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazuje, że:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ jest całkowicie chybiony i niezasadny. Zapisy SWZ oraz ogłoszenia skierowane są w sposób jednolity dla wszystkich potencjalnych Wykonawców, nie preferują żadnego z Wykonawców ani nie naruszają zasad uczciwej konkurencji. Wręcz przeciwnie prowadzą do jednolitego traktowania Wykonawców, a także jednolitej interpretacji przepisów, które nie mogą być interpretowane w sposób dowolny przez każde z Wykonawców stosownie do ich dobrowolnego uznania. Prowadzą również do złożenia porównywalnych i rzetelnych ofert. Nie narusza także prawa Wykonawców do przysługującego im ewentualnego podmiotowego zwolnienia z podatku VAT.

Analogicznie zarzut naruszenia przez Zamawiającego **art. 41 w związku art. 106 b i 106 e** Ustawy 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług w związku z **art. 62** ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karno – skarbowy – poprzez nieprawidłowe określenie stawek podatkowych, zgodnie z którymi wykonawcy winni wystawiać faktury za wykonanie przedmiotu zamówienia, jest całkowicie chybiony i niezasadny. Po pierwsze odwołujący Wykonawca nie wskazał jaki konkretnie ustęp z art. 41 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (j.t. Dz.U. 2021, poz. 685 ze zm.), został naruszony, tj. który konkretnie przepis został naruszony i która konkretnie ze stawek jest błędna. Również niezrozumiale jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. **106b** ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług**, stanowiącego o obowiązku wystawienia faktury**, jak też **art.  106e, wskazującego na  elementy składowe faktury,** w związku z **art. 62** ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karno – skarbowy.

**Zamawiający wskazuje, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa:**

* 1. **kompleksowego utrzymania czystości i porządku środkami czystościowymi i dezynfekcyjnymi zapewnionymi przez Wykonawcę wraz z zapewnieniem przez Wykonawcę worków foliowych na odpady** (CPV: 90910000-9 Usługi sprzątania, 90920000-2 Usługi w zakresie odkażania urządzeń, 90921000-9 Usługi dezynfekcji i dezynsekcji budynków, 90600000-3 Usługi sprzątania oraz usługi sanitarne na obszarach miejskich lub wiejskich oraz usługi powiązane),
	2. **czynności pomocnicze związane z organizacją pracy w szpitalu u Zamawiającego, zbierania i transportu odpadów medycznych i komunalnych do miejsca składowania** (CPV: 85110000-3 Usługi szpitalne i podobne, 98300000-6 Różne usługi, 90500000-2 usługi związane z odpadami),
	3. **a także utrzymanie czystości i porządku terenów zewnętrznych - placów, ulic, chodników oraz utrzymanie w porządku terenów zielonych** (CPV: 77300000-3 Usługi ogrodnicze, 90612000-0 Usługi zamiatania ulic, 90620000-9 Usługi odśnieżania, [90630000-2](https://www.portalzp.pl/kody-cpv/szczegoly/uslugi-usuwania-oblodzen-9135) Usługi usuwania oblodzeń, [90642000-9](https://www.portalzp.pl/kody-cpv/szczegoly/uslugi-oprozniania-kanalow-sciekowych-9138) Usługi opróżniania kanałów ściekowych).

 - w obiektach Szpitali Pomorskich Spółka z o. o. w lokalizacji Pomorskiego Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy w Gdańsku przy ul. Smoluchowskiego 18.

Wymienione usługi, będące przedmiotem postępowania zdecydowanie **nie są** w ocenie Zamawiającego **usługami w zakresie opieki medycznej, nie służą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz nie są usługami** **ściśle z tymi usługami związanymi, wobec czego jasno to wskazał w Załączniku nr 7 do SWZ.**

Zamawiający zamawia usługi sprzątania oraz w pewnym zakresie czynności pomocnicze związane z organizacją pracy w szpitalu. Zamawiający nie zamawia usługi medycznej od podmiotu leczniczego lecz usługę kompleksowego utrzymania czystości oraz prac pomocniczych dla Szpitali Pomorskich sp. z o. o. w lokalizacji Pomorskiego Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy w Gdańsku.

Przedstawiane przez Odwołującego się Wykonawcę w sposób wybiórczy i wyrywkowy części interpretacji zawartych w wyroku NSA z 2018 r. czy Interpretacji Ogólnej Ministerstwa Finansów nie mają zastosowania do zakresu zadań objętych przedmiotem niniejszego zamówienia. Idąc tym tokiem rozumowania wszelkie dostawy leków z 8% VAT winny korzystać ze zwolnienia wskazanego przez Wykonawcę na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 i 18 a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (j.t. Dz.U. 2021, poz. 685 ze zm.), co prowadziłoby do absurdu.

Na poparcie powyższego Zamawiający przytacza następujące orzeczenia:

**Wyrok** Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 27 maja 2021 r. (**I SA/Rz 205/21):** TEZA **aktualna**

„Jeżeli spółka świadczy na rzecz podmiotów leczniczych usługi utrzymania czystości w szpitalach i transportu wewnątrzszpitalnym, ale sama nie świadczy usługi podstawowej, to nie może skorzystać ze zwolnienia na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18a u.p.t.u.”

**Wyrok** Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 27 maja 2021 r. (**I SA/Rz 143/21):** TEZA **aktualna**

„Usługi w zakresie opieki medycznej, o jakich mowa w ustawie o VAT, powinny stanowić "transakcje opieki szpitalnej i medycznej", jak tego wymaga Dyrektywa 112. Znaczenie tych usług nie może zatem istotnie odbiegać od pojęcia świadczenia zdrowotnego. Powinny to być świadczenia skierowane bezpośrednio do osoby pacjenta, nakierowane na ochronę lub poprawę jego stanu zdrowia, które mają cel terapeutyczny lub profilaktyczny. Mają bowiem służyć profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia. Należy przy tym mieć na uwadze, że opieka medyczna to pewien proces, który rozpoczyna się od przyjęcia pacjenta do placówki medycznej, a kończy w momencie jej opuszczenia.”

**Wyrok** Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 22 listopada 2018 r. (**I SA/Wr 842/18):** TEZA **aktualna**

„Dostawy towarów bądź świadczenie usług wykonywane na rzecz zakładów opieki zdrowotnej przez podmioty trzecie - choćby nawet były ściśle związane z usługami zwolnionymi - nie będą zwolnione od podatku na podstawie z art. 43 ust. 1 pkt 18a u.p.t.u. Na podstawie tego przepisu zwolnione z podatku nie będą usługi dodatkowe świadczone na rzecz zakładów opieki zdrowotnej, które są związane z usługami opieki medycznej, lecz podmiot świadczący usługi dodatkowe wykonuje tylko te usługi, a nie wykonuje usług związanych z ochroną zdrowia.”

**Wyrok** Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 6 września 2016 r. (**I SA/Kr 829/16):** TEZA **aktualna**

„Pojęcia "opieka medyczna" i "działalność ściśle związana z opieką szpitalną i medyczną (leczeniem szpitalnym i medycznym)", należy interpretować w ten sam sposób, ponieważ oba te przepisy mają na celu uregulowanie ogółu zwolnień z opodatkowania świadczeń medycznych w ścisłym znaczeniu, które służą diagnozie, opiece oraz, w miarę możliwości, leczeniu chorób lub zaburzeń zdrowia. Usługi z zakresu utrzymania czystości i porządku w szpitalach skierowane są między innymi na zapewnienie odpowiednich warunków porządkowych i sanitarnych dla realizacji procesu profilaktyki czy też leczenia pacjentów, który realizowany jest przez wyspecjalizowany personel medyczny szpitala, tj. lekarze i pielęgniarki. Usługi te jednak nie są elementem tego procesu, nie realizują go bezpośrednio i bezpośrednio nie wspomagają. Z uwagi na ten fakt nie przedstawiają bezpośredniego związku z procesem leczenia nad odbiorcami tych świadczeń.”

**Ad. 3. W zakresie w/w zarzutu i wniosku odwołania z Ad. 3 Zamawiający wnosi o oddalenie w/w zarzutu w całości.**

Odwołujący w związku z przedstawionymi zarzutami odwołania wniósł o zmianę treści SWZ poprzez zmianę postanowienia § 11 ust. 11 projektu umowy, poprzez wykreślenie wartości „70%” i zastąpienie jej wartością „10%” oraz poprawienie numeracji w § 11.

Zamawiający w dniu 15.03.2022 r. zmodyfikował zapisy projektu umowy, poprawił numerację ustępów w § 11 po ust. 4 następuje ust. 5, 6 i 7 oraz zmodyfikował zapisy ust. 5 poprzez nadanie brzmienia:

„Określone w niniejszej umowie kary umowne będą naliczane niezależnie od siebie i podlegają kumulacji. Maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 40% łącznej wartości przedmiotu umowy.”

Zamawiający dokonał modyfikacji w zakresie podnoszonym przez Odwołującego przyjmując jednak, iż poziom maksymalny kar proponowany przez Odwołującego na poziomie 10% jest rażąco niski i nie będzie miał charakteru dyscyplinującego. Zamawiający w tym zakresie obniżył wysokość kar do 40% maksymalnego limitu kar. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż usługa sprzątania takich obiektów jak Pomorskie Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy ma charakter usługi wysokiego ryzyka epidemiologicznego, szczególnie, iż jest to ośrodek przyjmujący chorych z COVID-em. Istotą prawidłowo wykonanego zamówienia w tym zakresie jest maksymalne obniżenie lub całkowite zniwelowanie zagrożenia epidemiologicznego. Nienależyta realizacja tej usługi może skutkować poważnymi konsekwencjami łącznie z zagrożeniem życia i zdrowia ludzkiego nie tylko pacjentów, ale także pracowników Zamawiającego. Element kar umownych nie jest przedmiotem zamówienia, a ma mieć charakter jedynie dyscyplinujący i ma miejsce tylko w razie wystąpienia okoliczności wymienionych w umowie.

Maksymalny limit kar powinien być ustalony na takim poziomie, który mimo wszystko będzie dotkliwy dla Wykonawcy, który w sposób rażący, nagminny i uporczywy narusza zapisy umowy. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż osiągnięcie maksymalnego limitu kar jest już poziomem skrajnym, występującym w bardzo rzadkich przypadkach. Niemniej jednak z uwagi na przedmiot zamówienia i specyficzną działalność Zamawiającego, limit ten musi być ustalony na stosunkowo wysokim poziomie, albowiem naruszenia wynikające z przedmiotu zamówienia mogą wpływać bezpośrednio na życie i zdrowie ludzkie.

Jednocześnie Zamawiający pragnie podkreślić, iż jednostkowy wymiar kar umownych jest ustalony na, na tyle niskim poziomie (z czego najwyższa kara podana w procentach wynosi 10% za odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie z przyczyn ściśle określonych w umowie), iż uzyskanie maksymalnego limitu kar będzie możliwe tylko w przypadku absolutnie drastycznych i jedynie w razie nagminnych naruszeń ze strony potencjalnego Wykonawcy. Przecież założeniem obydwu stron umowy jest jak najbardziej należyta realizacja usługi. Zamawiającemu nie zależy na naliczaniu kar umownych, ale na uzyskaniu należycie wykonywanej usługi, zwłaszcza jeśli dotyczy ona świadczenia usług na rzecz pacjentów, za których dobro, zdrowie i życie Zamawiający ponosi odpowiedzialność i które stanowi główny przedmiot działalności Zamawiającego.

Stąd też Zamawiający nie może ustanowić maksymalnego pułapu kar umownych na poziomie 10%, bowiem jest to próg zdecydowanie za niski. W Wyroku KIO z dnia 8 lutego 2022 r. (Sygn. akt KIO 193/22) dotyczącym m.in. maksymalnego pułapu kar umownych na usługi w zakresie żywienia pacjentów Izba uznała założony pułap 40% za adekwatny. Należy wskazać, że należyte wykonywanie usługi sprzątania w Pomorskim Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy, w którego strukturach jest Szpital Zakaźny, jest niezwykle istotne dla procesu leczniczego oraz zachowania bezpieczeństwa epidemiologicznego pacjentów i personelu Szpitala, niewątpliwe ważniejszym, aniżeli usługi żywieniowe.

Dla porównania przedstawiamy Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej:

***[KIO 2232/19, Postanowienia warunków umowy. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej](https://sip.lex.pl/%22%20%5Cl%20%22/jurisprudence/539621704/1/kio-2232-19-postanowienia-warunkow-umowy-wyrok-krajowej-izby-odwolawczej?cm=RELATIONS)***

*LEX nr 2750792 - wyrok z dnia 20 listopada 2019 r.*

*TEZA |****aktualna***

*Celem ustalenia wysokości oraz łącznego limitu kary umownej jest zabezpieczenie prawidłowego wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę (nawet kosztem podwyższenia ceny oferty), a nie zminimalizowanie ryzyka wykonawcy.*

*Z uzasadnienia „XI. Dotyczy § 11 ust. 6 IPU*

***Izba uznała, że zastrzeżenie przez zamawiającego łącznego limitu kar w skali całego kontraktu na poziomie 70% nie jest poziomem rażąco wygórowanym. Postępowanie dowodowe nie dostarczyło argumentów na twierdzenie przeciwne, w szczególności odwołujący jedynie twierdził, że jest to limit rażąco wysoki, przekraczający nawet limity stosowane powszechnie na rynku, jednak słuszności tego twierdzenia nie wykazał.***

*Celem ustalenia wysokości oraz łącznego limitu kary umownej jest zabezpieczenie prawidłowego wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę (nawet kosztem podwyższenia ceny oferty), a nie zminimalizowanie ryzyka wykonawcy. W okolicznościach sporu, wobec licznego katalogu kar uzależnionych w przeważającej części od należytej staranności wykonawcy, ustalenie limitu kar umownych Izba uznała za uzasadnione.”*

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie łącznej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę – jest bezzasadny.

**Ad. 4. W zakresie w/w zarzutu i wniosku odwołania z Ad. 4 Zamawiający wnosi o oddalenie w/w zarzutu w całości.**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 433 pkt 4, art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy** oraz **art. 8, art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16, art. 17 Ustawy** oraz **art. 58 ustawy Kodeks cywilny** poprzez wskazanie w treści SWZ, w tym również w projekcie umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron na poziomie nieracjonalnym, przenoszącym wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na Wykonawcę oraz skutkującym obejściem wymogu ustawy Prawo zamówień publicznych do wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

**Jednocześnie Odwołujący wniósł o:**

1) zmianę § 14 ust. 4 oraz § 2 ust. 2 poprzez wykreślenie postanowienia „*Ograniczenie będzie dotyczyło każdorazowo nie więcej niż 40% powierzchni przewidzianej do utrzymania w czystości” i* dopisanie do projektu umowy postanowienia: *„Zmniejszenie wielkości zamówienia wskazanego w* § 14 ust. 4 oraz § 2 ust. 2 *będzie dotyczyło nie więcej niż 10% powierzchni przewidzianej do utrzymania w czystości”.*

2) zmianę § 2 ust. 2 w części dotyczącej terminu zawiadomienia o wyłączeniu części powierzchni z 7 dni na 30 dni tj. wpisanie postanowienia o brzmieniu: „*O zamiarze* *wyłączenia części powierzchni z wykonywania usług Zamawiający zobowiązany jest* *zawiadomić Wykonawcę nie później niż 30 dni przed planowaną zmianą”.*

Zamawiający wskazuje, że podając % ograniczenia wykorzystania umowy działał zgodnie z uprawnieniem wskazanym w art. 433 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy wskazać, że wykonywanie usługi sprzątania w Pomorskim Centrum Chorób Zakaźnych i Gruźlicy, w którego strukturach jest Szpital Zakaźny, dotyczy szpitala z dużą ilością miejsc COVID-owych, których ilość została narzucona przez Wojewodę Pomorskiego w związku z walką z COVID-19. Niewykluczone, że po ustaniu epidemii zapotrzebowanie na wykonywanie sprzątania zostanie ograniczone i podanie minimalnego pułapu poprzez wskazanie do 40% ograniczenia jest uczciwe w stosunku do Wykonawcy i oparte o ustawę Prawo zamówień publicznych. Nowa ustawa wprowadza ograniczenia w zasadzie swobody umów dla Zamawiających, takim ograniczeniem jest wprowadzenie zakazu możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zamawiający wskazuje ograniczenie, jednakże Odwołujący Wykonawca dąży do pozbawienia Zamawiającego tego prawa wymuszając poprzez złożone odwołanie 90% realizację zamówienia. Należy wskazać, że w przypadku umowy zawieranej na wolnym rynku strony nie muszą gwarantować wykonania umowy na konkretnym poziomie, jest to przywilej Wykonawców w zamówieniach publicznych. Wykonawca jednakże poprzez żądanie 90% wykonania nadużywa swojego prawa.

W Wyroku KIO z dnia 8 lutego 2022 r. (Sygn. akt KIO 193/22) dotyczącym m.in. maksymalnego pułapu kar umownych na usługi w zakresie żywienia pacjentów Izba uznała założenie minimalnego progu wykonania umowy na poziomie 60% za adekwatny.

Zamawiający zmodyfikował zapisy projektu umowy § 2 ust. 2 zdanie drugie umowy poprzez nadanie brzmienia: O zamiarze wyłączenia części powierzchni z wykonywania usług Zamawiający zobowiązany jest zawiadomić Wykonawcę nie później niż 28 dni przed planowaną zmianą, co powinno umożliwić Wykonawcy podjęcie odpowiednich kroków organizacyjnych, umożliwiających mu zminimalizowanie kosztów bieżących wykonania usługi oraz doprecyzowuje zapisy umowy poprzez dodanie w § 2 ust. 3 umowy w zdania: Minimalny próg wykonania umowy wynosi 60%.

Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego **art. 433 pkt 4, art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy** oraz **art. 8, art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16, art. 17 Ustawy** oraz **art. 58 ustawy Kodeks cywilny** poprzez wskazanie w treści SWZ, w tym również w projekcie umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron na poziomie nieracjonalnym, przenoszącym wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na Wykonawcę oraz skutkującym obejściem wymogu ustawy Prawo zamówień publicznych do wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron – jest bezzasadny.

W niniejszym postępowaniu nie przystąpił w terminie ustawowym do postępowania po stronie Zamawiającego żaden wykonawca.

Mając na uwadze powyższe stanowisko Zamawiającego, wnoszę jak w *petitum.*

…………………………………………………………….

Załączniki:

1. 3 odpisy pisma
2. odpis KRS