

Łódź, dnia 21 października 2021 roku

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

Zamawiający: Szpital Powiatowy im. Alfreda Sokołowskiego w Złotowie
ul. Szpitalna 28, 77-400 Złotów
KRS: 0000011762
Tel.: +48 672632233
Faks: +48 672635878
przetargi@szpital.zlotow.pl
www.szpital.zlotow.pl

Odwołujący: Izan + Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
KRS: 0000171397
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Żaklina Pasternak
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie usług w zakresie utrzymywania czystości i dezynfekcji oddziałów szpitalnych i innych komórek Szpitala Powiatowego im. A. Sokołowskiego w Złotowie oraz transportu wewnątrzszpitalnego (ul. Szpitalna 28, 77-400 Złotów)", ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 11 października 2021 roku pod numerem: 2021/S 197-514149, numer referencyjny: 17/ZP/2021.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Izan + Sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp”):

- I. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienia umowy, tj.:
- 1) zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy wystawiania faktury za wykonane usługi wyłącznie przez jednego z wykonawców wspólnie realizujących zamówienie – dotyczy części I i II,
 - 2) brak postanowień dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – dotyczy części I i II,
 - 3) zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych oraz rażąco wygórowanego limitu kar umownych – dotyczy części I i II,

II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 58 ust. 4 Pzp** przez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy, że w wypadku wspólnej realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o jego udzielenia, nie mają oni prawa do wystawienia na rzecz Zamawiającego osobnych faktur, lecz zobowiązani są wystawić na rzecz Zamawiającego jedną wspólną fakturę, co powoduje w konsekwencji, że w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający określił wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, choć nie jest to uzasadnione ani charakterem zamówienia, ani też nie jest proporcjonalne do jego przedmiotu,
2. **art. 96 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** przez zastrzeżenie przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy, że w wypadku wspólnej realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o jego udzielenia, nie mają oni prawa do wystawienia na rzecz Zamawiającego osobnych faktur, lecz zobowiązani są wystawić na rzecz Zamawiającego jedną wspólną fakturę, co powoduje w konsekwencji, że Zamawiający określił inne niż wymienione w art. 95 ust. 1 wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie ich aspektów gospodarczych, w sposób dyskryminujący wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
3. **art. 436 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** przez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy, że zapłata wynagrodzenia na rzecz wykonawcy następuje na podstawie prawidłowo wystawionej przez wykonawcę faktury, przy czym Zamawiający w treści wyjaśnień SWZ zastrzegł, iż w wypadku wspólnej realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o jego udzielenia, nie mają oni prawa do wystawienia na rzecz Zamawiającego osobnych faktur, lecz zobowiązani są wystawić na rzecz Zamawiającego jedną wspólną fakturę, co wskazuje na dyskryminację wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
4. **art. 439 ust. 1 i 2 Pzp** przez pominięcie w projektowanych postanowieniach umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,
5. **art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „Kc”)** oraz **art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy kary umownej rażąco wygórowanej w przypadku wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego,
6. **art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 Kc oraz art. 5 Kc w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kc** poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę.

III. **Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ poprzez:**

- 1) w zakresie zarzutu nr 1-3 – zmiany załącznika nr 5 do SWZ w jego § 5 ust. 3 przez jego usunięcie,
- 2) w zakresie zarzutu nr 1-3 – zmiany załącznika nr 5.1 do SWZ w jego § 5 ust. 3 przez jego usunięcie,
- 3) w zakresie zarzutu nr 4 – zmiany załącznika nr 5 do SWZ przez dodanie § 4 ust. 3 w następującym brzmieniu: *Zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dokonuje się w ten sposób, że od 1 stycznia każdego roku kalendarzowego każda ze stron będzie upoważniona do dokonywania raz do roku automatycznej waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i dóbr konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedzający. Maksymalnie wynagrodzenie może ulec zmianie nie więcej niż o 30% w oparciu o zmiany cen materiałów lub kosztów. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosi 3%. Początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest upływ 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jeśli zaś umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert.*
- 4) w zakresie zarzutu nr 4 – zmiany załącznika nr 5.1 do SWZ przez dodanie § 4 ust. 3 w następującym brzmieniu: *Zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dokonuje się w ten sposób, że od 1 stycznia każdego roku kalendarzowego każda ze stron będzie upoważniona do dokonywania raz do roku automatycznej waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i dóbr konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedzający. Maksymalnie wynagrodzenie może ulec zmianie nie więcej niż o 30% w oparciu o zmiany cen materiałów lub kosztów. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosi 3%. Początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest upływ 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jeśli zaś umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert.*
- 5) w zakresie zarzutu nr 5 – zmiany załącznika nr 5 do SWZ w jego § 17 ust. 9 przez ograniczenie wysokości zastrzeżonej tam kary umownej do wysokości 5%,
- 6) w zakresie zarzutu nr 5 – zmiany załącznika nr 5.1 do SWZ w jego § 17 ust. 8 przez ograniczenie wysokości zastrzeżonej tam kary umownej do wysokości 5%,
- 7) w zakresie zarzutu nr 6 – zmiany załącznika nr 5 do SWZ w jego § 17 ust. 10 przez ograniczenie wysokości zastrzeżonej tam łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, jakich może dochodzić Zamawiający, do wysokości 10%,
- 8) w zakresie zarzutu nr 6 – zmiany załącznika nr 5.1 do SWZ w jego § 17 ust. 9 przez ograniczenie wysokości zastrzeżonej tam łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, jakich może dochodzić Zamawiający, do wysokości 10%.

IV. Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość

złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uzasadnienie

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 11 października 2021 r.

Przedmiotowe zamówienie podzielone jest na 2 części:

- 1) część I - Świadczenie usług w zakresie utrzymywania czystości i dezynfekcji
- 2) część II - Transport wewnątrzszpitalny.

W przypadku obydwu części zamówienia projektowane postanowienia umowy naruszają Pzp, z przyczyn szczegółowo niżej opisanych.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zgodnie z art. 58 ust. 4 Pzp, 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.

Powyższy przepis jest refleksem panujących w Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności (art. 16 pkt 1 i 3 Pzp).

Jak trafnie dostrzeżono w literaturze, zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w stosunku do konsorcjum inaczej niż w odniesieniu do wykonawcy występującego samodzielnie, o ile wymóg taki znajduje uzasadnienie w charakterze zamówienia oraz jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wymaganie co do szczególnego sposobu realizacji przysługuje więc tylko wówczas, jeżeli nie będzie stanowiło nadmiernej ingerencji w stosunki wewnętrzne pomiędzy uczestnikami konsorcjum i będzie uzasadnione szczególnymi warunkami realizacji zamówienia. Należy przyjąć, że wykonawcy, decydując się na utworzenie konsorcjum, są świadomi związanych z tym obowiązków, w tym zasad solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy, oraz ewentualnych konsekwencji ekonomicznych. Nie jest więc uzasadnione przyjęcie, że podmiot zewnętrzny, jakim jest zamawiający, może w każdym wypadku ingerować w te stosunki, nie mając odpowiedniej ku temu wiedzy, a często również kwalifikacji. Ingerencja taka powinna być uznana za dopuszczalną w sytuacjach wyjątkowych, gdy ze względu na szczególny przedmiot zamówienia zamawiający nie może inaczej zabezpieczyć swojego interesu, wyrażonego jako prawidłowe wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. (Dzierżanowski Włodzimierz i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, WKP, 2021, [w]: komentarz do art. 58, uwaga nr 7).

Jak zaś stwierdzono trafnie w orzecznictwie, nieskorzystanie z uprawnienia do regulowania odrębnie sposobu realizacji zamówienia przez konsorcjum skutkuje brakiem możliwości zgłaszania roszczeń w związku ze sposobem, w jaki członkowie konsorcjum podzielili między siebie zadania

konieczne do wykonania zobowiązań wynikających z umowy zawartej z nimi wspólnie (wyrok SN z 7.06.2019 r., I CSK 276/18, LEX nr 2692114 – przytoczony za: *ibidem*).

Skoro zatem Zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy, tj. w § 5 ust. 3 załącznika nr 5 i 5.1 do SWZ („*W przypadku realizacji zamówienia przez konsorcjum, wyłącznie jego lider wystawia za świadczone usługi fakturę z podatkiem VAT. Zamawiający wyklucza, aby każdy z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum wystawiał Zamawiającemu osobną fakturę VAT.*”) przewidział szczególny wymóg realizacji zamówienia w wypadku, gdy wykonuje je więcej niż jeden wykonawca, należy rozpatrywać opisaną sytuację pod kątem przepisu art. 58 ust. 4. W konsekwencji, należy stwierdzić, że wymóg ten określa sytuację prawną wykonawcy, który bierze udział w tzw. konsorcjum, w sposób odmienny, niż gdyby wziął udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia samodzielnie. Wykonawca samodzielny wystawia bowiem fakturę na swoją rzecz bez ograniczeń; jeśli zaś udzielono mu zamówienia wspólnie z innym wykonawcą, sposób rozliczeń z Zamawiającym jest w stosunku do niego ograniczony, gdyż Zamawiający wskazał, że wykonawcy nie mają prawa wystawić osobnych faktur. Konkludować należy, że zobowiązani są między sobą ustalić, który z nich wystawi fakturę na rzecz Zamawiającego na rzecz całości usług zrealizowanych w danym miesiącu, zaś po otrzymaniu wynagrodzenia miesięcznego od Zamawiającego przez tego z wykonawców, który wystawił fakturę, drugi z wykonawców będzie mógł domagać się zapłaty należnej mu części od fakturującego współkonsorcjanta.

Należy wskazać, że każdy wykonawca ma prawo do samodzielnego rozliczenia z Zamawiającym w stosunku do wykonanej przez siebie części zamówienia. Art. 445 ust. 1 Pzp co prawda przewiduje solidarność wykonawców, którym wspólnie udzielono zamówienia, ale tylko w zakresie ich obowiązków z umowy o zamówienie publiczne, czyli przede wszystkim wykonania przedmiotu zamówienia. Nie ma to analogicznego zastosowania do ich wierzytelności, polegających na zapłacie wynagrodzenia. Nie wynika to bowiem z Pzp, zaś art. 369 Kodeksu cywilnego, który podlega zastosowaniu na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp, stanowi: *Zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Zobowiązanie polega zaś na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić* (art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego). Z art. 367 Kodeksu cywilnego wynika, że solidarność wierzycieli polega na tym, że *Kilku wierzycieli może być uprawnionych w ten sposób, że dłużnik może spełnić całe świadczenie do rąk jednego z nich, a przez zaspokojenie któregośkolwiek z wierzycieli dług wygasa względem wszystkich (solidarność wierzycieli). Dłużnik może spełnić świadczenie, według swego wyboru, do rąk któregośkolwiek z wierzycieli solidarnych.* [...] Skoro tak, solidarność wykonawców w zakresie zapłaty wynagrodzenia, polegająca na tym, że zamawiający ma prawo zapłacić całe wynagrodzenie jednemu spośród kilku wykonawców, musiałaby wynikać z ustawy bądź z czynności prawnej. Taka sytuacja nie występuje, a zatem każdy z wykonawców ma własne, odrębne od współkonsorcjantów prawo do zapłaty wynagrodzenia od Zamawiającego.

Solidarność prawa do wynagrodzenia musiałaby zatem wynikać z czynności prawnej – w tym wypadku umowy. Powyższe jest jednak niedozwolone w kontekście art. 58 ust. 4 Pzp, gdyż nie spełnia warunków tego przepisu – otóż nie jest to uzasadnione ani charakterem zamówienia, ani też nie jest proporcjonalne do jego przedmiotu. Przedmiotem zamówienia są bowiem usługi sprzątnięcia z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie, a ich charakter nie wymaga jednolitego rozliczenia,

gdyż możliwe jest wyodrębnienie w fakturach czynności wykonanych przez poszczególnych wykonawców w ramach umowy w danym miesiącu. Określony wymóg nie jest też proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdyż w sposób poważny ogranicza podstawowe prawo wykonawcy w zamówieniach publicznych – prawo do wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, nakazując mu zawarcie porozumienia ze współkonsorcjantami co do wtórnego rozliczenia wynagrodzenia wypłaconego jedynie jednemu z nich. Warto wskazać, że Pzp nie przewiduje w takim wypadku takich gwarancji uzyskania wynagrodzenia bezpośrednio od zamawiającego, jak czyni to wypadku uprawnień podwykonawcy robót budowlanych (art. 465 Pzp), co oznacza, że możliwa hipotetycznie jest sytuacja, w której wykonawca wykonuje zamówienie bez otrzymania wynagrodzenia (musi bowiem liczyć na innego wykonawcę w tym zakresie, bez żadnych gwarancji ustawowych) To zaś stoi w sprzeczności z regułą odpłatności zamówienia, wyrażoną w art. 7 pkt 32 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zgodnie z art. 96 ust. 1 Pzp, *Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia inne niż określone w art. 95 ust. 1 wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością, zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia. W myśl zaś ust. 2, Wymagania, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:*

- 1) *zastosowania określonych środków zarządzania środowiskowego;*
- 2) *zatrudnienia:*
 - a) *bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,*
 - b) *osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,*
 - c) *osób usamodzielnianych, o których mowa w art. 140 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej,*
 - d) *młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego,*
 - e) *osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,*
 - f) *innych osób niż określone w lit. a-e, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 176) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego,*
 - g) *osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia.*

Jak wynika z powyższego, zamawiający ma prawo określić szczególne warunki realizacji zamówienia w zakresie jego aspektów gospodarczych. Z ostrożności, hipotetycznie można przyjąć, że kwestie rozliczeń z zamawiającym zaliczają się do gospodarczych aspektów realizacji zamówienia.

W konsekwencji, przyjąć jednak należy, że zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (D. Koba, Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik, Warszawa 2004, s. 17). Dyskryminacja będzie miała miejsce, gdy zamawiający ograniczy lub utrudni dostęp do zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego wykonania, ze względu na jakąś jego cechę, w sposób nieuzasadniony przepisami prawa. (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2021, [w]: komentarz do art. 96, uwaga nr 3).

W kontekście powyższego zauważyć należy, że nawet gdyby potencjalnie Zamawiającemu przysługiwało prawo do określonego szczególnego sposobu rozliczenia wynagrodzenia w wypadku udzielenia zamówienia więcej niż jednemu wykonawcy w drodze § 5 ust. 3 załącznika nr 5 i 5.1 do SWZ („W przypadku realizacji zamówienia przez konsorcjum, wyłącznie jego lider wystawia za świadczone usługi fakturę z podatkiem VAT. Zamawiający wyklucza, aby każdy z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum wystawiał Zamawiającemu osobną fakturę VAT.”), na podstawie komentowanego przepisu, nie zmienia to faktu, że czynność Zamawiającego należy określić także pod kątem nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Skoro zaś bez żadnego uzasadnionego powodu Zamawiający kategorycznie stwierdza, iż nie dopuszcza rozliczenia faktur miesięcznych od więcej niż jednego wykonawcy, to w ten sposób dyskryminuje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – w szczególności zaś sposób tych, którzy z uwagi na ten wymóg zmuszeni są zrezygnować z wystawienia faktury za wykonane przez siebie usługi i oczekiwać na płatność w sposób pośredni – najpierw od Zamawiającego na rzecz fakturującego współkonsorcjanta, a następnie od współkonsorcjanta na swoją rzecz.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zgodnie z art. 436 pkt 2 Pzp, w każdej umowie o zamówienie publiczne zamawiający ma obowiązek uregulować warunki zapłaty wynagrodzenia.

Należy przyjąć, że skoro Zamawiający w sposób wiążący dokonał w drodze § 5 ust. 3 załącznika nr 5 i 5.1 do SWZ („W przypadku realizacji zamówienia przez konsorcjum, wyłącznie jego lider wystawia za świadczone usługi fakturę z podatkiem VAT. Zamawiający wyklucza, aby każdy z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum wystawiał Zamawiającemu osobną fakturę VAT.”) wykluczył możliwość wystawiania faktur miesięcznych przez więcej niż jednego wykonawcę (nawet jeśli zamówienia udzielono kilku wykonawcom wspólnie), to jednocześnie przesądził, że wyklucza zapłatę na podstawie więcej niż jednej faktury miesięcznej (tj. wystawionej przez więcej niż jeden podmiot). Takie określenie sposobu rozliczeń jest niedopuszczalne, z przyczyn szczegółowo opisanych w zarzutach poprzedzających – tj. przede wszystkim faktu, że stawia to w gorszej sytuacji faktycznej i prawnej wykonawców wspólnie ubiegających się o

zamówienie publiczne w stosunku do wykonawców ubiegających się o jego udzielenie samodzielnie, co nie znajduje żadnego uzasadnienia i jest sprzeczne z wyrażonymi w art. 16 Pzp zasadami prowadzenia postępowania.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

Zgodnie z art. 439 Pzp:

Art. 439. [Zasady wprowadzania w umowie na roboty budowlane lub usługi zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy]

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. 127 Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

Projektowane postanowienia umowy (tj. załącznik nr 5 i 5.1 do SWZ) nie zawierają żadnych postanowień, które spełniałyby warunki powyższego przepisu. Skoro zaś umowa ma zostać zawarta na okres 24 miesięcy, tj. ponad 12 miesięcy, a jej przedmiotem są usługi, konieczne jest wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy odpowiednich klauzul waloryzacyjnych.

Uzasadnienie zarzutu nr 5

W § 17 ust. 9 załącznika nr 5 do SWZ i w § 17 ust. 8 załącznika nr 5.1 do SWZ Zamawiający zastrzegł następujące postanowienie umowne:

W przypadku wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego na skutek wystąpienia okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 20% wartości ogółem wynagrodzenia umownego brutto.

Wyżej wskazana kara umowna jest rażąco wygórowana. „Rażąco wygórowanie” kary umownej jest pojęciem niedookreślonym. Miarkując karę umowną na podstawie tej przesłanki bierze się pod uwagę różne kryteria, w szczególności stosunek wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 maja 2015 roku pod sygn. akt VI ACa 1937/13). Należy natomiast podkreślić, że zakres wykonania umowy w przedmiotowym postępowaniu jest niezwykle szeroki. W wykonaniu tej usługi wykonawca jest zobowiązany do należytej staranności, zgodnie z art. 355 Kc. Należyta staranność nie zobowiązuje do osiągnięcia absolutnego rezultatu – absolutnej czystości, gdyż jej osiągnięcie jest de facto niemożliwe. 20% wynagrodzenia stanowi zaś dużo więcej niż zwykle wynosi marża w tej branży. To prowadziłoby do wykonania usługi poniżej poziomu zysku, czyli de facto – do sankcjonowania sytuacji, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp (rażąco niska cena). Przepis art. 224 ust. 1 Pzp wprowadzono ze względu na negatywne konsekwencje wykonania zamówienia publicznego „po kosztach”, takie jak odstąpienie od umowy czy porzucenie wykonania usługi bądź wykonanie jej w sposób skrajnie nieprawidłowy z uwagi na brak środków po stronie wykonawcy. Rażąco wygórowana jest zatem także kara umowna, która doprowadza do pozbawienia wykonawcy zysku, zwłaszcza wobec wykonania usługi w znacznej części, o czym mowa w art. 484 § 2 cz. 1 Kc. Praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty poprzez nałożenie i potrącenie kary umownej nie może być aprobowana (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt: IV CSK 416/13).

Uzasadnienie zarzutu nr 6

W § 17 ust. 10 załącznika nr 5 do SWZ i w § 17 ust. 9 załącznika nr 5.1 do SWZ Zamawiający zastrzegł następujące postanowienie umowne:

Kary umowne określone w ustępach poprzedzających podlegają kumulacji. Łącznie wysokość kar umownych nie może przekraczać 25% wartości ogółem wynagrodzenia umownego brutto. Zamawiający zastrzega sobie prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.

Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 17 projektowanych postanowień umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany. Relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje bowiem zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego pozwoli mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w

pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

W załączeniu:

1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.