

Wrocław, dnia 26 kwietnia 2024 r.

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

Odwołujący:

Konsorcjum firm:

Optima Care Sp. z o. o.

ul. Towarowa 36; 85-746 Bydgoszcz

KRS: 0000571661 NIP: 971812331

Optima Cleaning Sp. z o. o.

ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław

KRS: 0000588001, NIP: 8943069512

numer telefonu:

510 015 333

adres poczty elektronicznej:

m.dziurgot@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Marcin Dziurgot

Zamawiający:

SZPITAL SPECJALISTYCZNY W PILE IM. STANISŁAWA STASZICA

64-920 Piła, ul. Rydygiera Ludwika 1

NIP 764-20-88-098; REGON 001261820

tel.: (67) 210 62 07

email: klaudia.klejc@szpital.pila.pl

adres strony internetowej szpitala: <http://www.szpitalpila.pl>

adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/914775>

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.: *Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracji, utrzymania terenów zielonych, transport wewnętrzny, współdziałanie z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami oraz najem pomieszczeń służących realizacji usługi*. (znak postępowania: FZP.III-241/32/24).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 75/2024 pod numerem 224085-2024 z dnia 16.04.2024 r..

2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracji, utrzymania terenów zielonych, transport wewnętrzny, współdziałanie z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami oraz najem pomieszczeń służących realizacji usługi*. Numer referencyjny: FZP.III-241/32/24.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 117 ust. 1 Ustawy w związku z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Ustawy w zw. art. 16 Ustawy poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne sformułowanie warunków zdolności technicznej lub zawodowej tj. postanowienie wymogu, aby jeden z członków konsorcjum ubiegającego się o zamówienie spełniał samodzielnie i w pełnym jego zakresie warunków wiedzy i doświadczenia, podczas gdy nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego wynikającymi z SWZ oraz jest sprzeczne z praktyką rynkową oraz przekracza minimalne poziomy zdolności;
- 2) 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;
- 3) art. 433 pkt. 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści wzoru umowy postanowień kontraktowych umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 4) 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 poprzez ustalenie we wzorze umowy maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 436 pkt 4 ppkt b Ustawy
- 5) art. art. 436 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez ustanowienie w projekcie umowy maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości odpowiadającej 50% wartości wynagrodzenia brutto;
- 6) 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 oraz bez uprzedniego ustalenia, że wykonawca nie zachował należytej staranności.

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 II pkt 6 ppkt 4 ostatnie zdanie SWZ, że:

Zamawiający zastrzega, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek nie podlega sumowaniu, tj. jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi spełnić warunek samodzielnie.

- 2) w zakresie zarzutu 2) – usunięcie podkreślonego zastrzeżenia zawartego w Rozdziale III pkt 7 ppkt 3 SWZ (str. 20), że:

*Jeżeli zostanie 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, w której m.in. zostanie określony pełnomocnik uprawniony do kontaktów z zamawiającym oraz **do wystawiania dokumentów związanych z płatnościami**, przy czym termin, na jaki została zawarta umowa, nie może być krótszy niż termin realizacji zamówienia.*

- 3) w zakresie zarzutu 3) wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia, że:

Minimalna gwarantowana wielkość zamówienia wynosi 90% aktualnego wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 9 ust. 1 umowy.

- 4) w zakresie zarzutu 4): usunięcie podkreślonego zastrzeżenia zawartego w § 9 ust. 17 wzoru, że:

Zamawiający zastrzega, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian jej wysokości, o których mowa w ust. 8 i 15 wynosi 10% wysokości wynagrodzenia w ujęciu brutto, o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy.

- 5) w zakresie zarzutu 5): wprowadzenie postanowienia § 12 ust. 5 wzoru umowy, w następujący sposób:

Łączna maksymalna wysokość naliczonych kar 15% wartości brutto umowy.

- 6) w zakresie zarzutu 6) – usunięcie lub zmianę zastrzeżenia zawartego w § 14 ust. 4 lit. a) 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.: *Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracji, utrzymania terenów zielonych, transport wewnętrzny, współdziałanie z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami oraz najem pomieszczeń służących realizacji usługi.*

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, gdyż:

1. OBOWIĄZEK SPEŁNIENIA CAŁOŚCI WARUNKI WIEDZI I DOŚWIADCZENIE PRZEZ JEDNEGO Z UCZESTNIKÓW KONSORCJUM

1.1. Zgodnie z Rozdziałem II pkt 6 ppkt 4 ostatnie zdanie SWZ:

Zamawiający zastrzega, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek nie podlega sumowaniu, tj. jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi spełnić warunek samodzielnie.

Zgodnie z Rozdziałem II pkt 6 ppkt 4 SWZ wykonawca zobowiązany jest wykazać, się należywym wykonaniem:

co najmniej jednej usługi wykonanej, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanej - na sprzątnie, utrzymanie czystości wraz z usługą pomocową w zakresie opieki nad pacjentami - w obiekcie szpitalnym świadczącym 24-godzinną opiekę nad pacjentem, o wartości minimum 500.000,00 zł w skali 12 miesięcy

- 1.2. Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie dotyczące konsorcjum jest niezgodne z Ustawą.
- 1.3. Zgodnie z art. 117 ust. 1 Ustawy Zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Oznacza to, że jedynie w przypadkach, gdy charakter zamówienia to uzasadnia dopuszczalny jest wymóg, aby to jeden z wykonawców występujących wspólnie musiał wykazać się całością doświadczenia, a wymóg ten nie może naruszać zasad proporcjonalności. Wobec powyższego sformułowanie ww. zastrzeżenia byłoby zgodne z Prawem zamówień publicznych gdyby charakter przedmiotowego zamówienia był niepodzielny lub co najmniej trudny do podzielenia w toku wykonawstwa. Odwołujący podnosi, że zamówienie nie ma charakteru ani cech, o których mowa w zdaniu poprzednim. Suma potencjałów kilku wykonawców, z których każdy posiada doświadczenie w wykonaniu usług sprzątania w obiektach określonych w warunku oraz usług tzw. pomocowych przy pacjencie w obiekcie odpowiadającym warunkiem, gdy usługi były realizowane przez konsorcjum ww. podmiotów na podstawie jednej umowy i w jednym obiekcie, w tym samym czasie i na podstawie tych samych np. planów higieny odpowiada doświadczeniu wymaganemu warunkiem. Odwołujący podnosi, że każdy z takich uczestników konsorcjum zdobył rzeczywistą wiedzę i doświadczenia odpowiadającą w sumie wiedzy i doświadczenia wymaganych warunkiem, a więc będzie działał w skali, w której już wykazał, że potrafi realizować należycie usługę. Przywołane SWZ eliminują ww. wykonawcę z uczestnictwa w postępowaniu, która to czynność stanowi przejaw dyskryminacji i narusza art. 117 ust. 1 i art. 16 Ustawy.
- 1.4. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z poglądem TSUE, które powstało na kanwie analogicznego zagadnienia dotyczącego legitymowania się potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanie w SWZ zakazu sumowania wiedzy i doświadczenia jest dopuszczalne w ściśle określonych i wyjątkowych okolicznościach.
- Zgodnie z orzeczeniem TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt) art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy (...) **nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego**
- 1.5. W nawiązaniu powyższego stanowiska TSUE Odwołujący wskazuje, że SWZ niniejszego postępowania nie zawiera żadnego uzasadnienia, czy to faktycznego, czy prawnego, które potwierdzałoby tezę, że zamówienie ma charakter niepodzielny czyli, że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę. Czynności objęte przedmiotem niniejszego zamówienia mają dwojaki i różny charakter. Na zamówienie składają się czynności

sprzątania i utrzymania czystości oraz czynności ściśle związane z procesem medycznym tzw. usługi pomocowe przy pacjencie.

- 1.6. Odwołujący podaje, że przedmiotem zamówienia są dwa rodzaje czynności tj. czynności sprzątania i utrzymania czystości pomocowe przy pacjencie. Odwołujący wskazuje, że czynności pomocowe przy pacjencie w szpitalach zawsze wykonuje personel niższego szczebla (salowe, sanitariusze) pod nadzorem personelu medycznego. Jest zjawiskiem typowym, że to nie pielęgniarki wykonują szereg czynności przy pacjentach, bowiem ich zadania sprowadzają się do wykonywania czynności o większym stopniu skomplikowania (podawanie leków, znieczulenia, kroplówek, zmiany opatrunków itp.). W czynnościach wskazanych powyżej - stanowiących czynności medyczne konieczne w procesie leczenia o mniejszym stopniu skomplikowania (czynności pomocowe) - personel medyczny jest zastępowany przez personel niższego szczebla. Jest to wyraźnie widoczne zwłaszcza w strefach zamkniętych szpitala (oddziały zakaźne), gdzie personel wykonawcy wchodząc w odpowiednim zabezpieczeniu musiał wykonać wszystkie czynności przy pacjencie. W sprawie istotnym jest także, że treść SWZ nie opisuje wszystkich czynności w sposób kazuistyczny. Dla wykonawców świadczących usługi objęte zamówieniem jasne jest jednak, iż personel wykonawcy ma przede wszystkim współdziałać z personelem medycznym Szpitala, wykonywać wszystkie jego polecenia i zlecone zadania, tak by zapewnić właściwe funkcjonowanie oddziałów i obsługę pacjentów. Dopiero wówczas można powiedzieć o prawidłowym wykonaniu usługi.
- 1.7. Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, że usługa zamawiana w niniejszym zamówieniu, - przede wszystkim ze względu na treść zamawianego świadczenia wynikającą z Opisu Przedmiotu Zamówienia - nie jest wyłącznie usługą sprzątania, ale *de facto* usługą polegającą zarówno na wykonywaniu sprzątania oraz równie ważnych i niemniej istotnych czynności polegających na pomocy personelowi medycznemu w wykonywaniu czynności opiekuńczych nad pacjentem. Rozdzielność i wzajemną niezależność tychże czynności potwierdza chociażby fakt, że na gruncie prawa podatkowego czynności te są obłożone różnymi stawkami podatku VAT. Ponadto, w myśl prawa podatkowego zamówienia opisanego w SWZ postępowania nie traktuje się jako jednej usługi kompleksowej. W konsekwencji powyższego za wykonanie zamówienia wymagane jest fakturowanie w podziale na ww. usługi i przy zastosowaniu stawek podatkowych adekwatnych do przedmiotu sprzedaży (stawki adekwatnej do usługi).
- 1.8. Dodatkowo Odwołujący zauważa, że wykonanie wyłącznie usługi sprzątania obiektu Szpitalnego może i w praktyce jest wykonywane bez jednoczesnego świadczenia usług tzw. pomocowych przy pacjencie. Wówczas zamówienia takie realizowane są wyłącznie przez podmioty specjalizujące w sprzątaniu obiektów szpitalnych bez udziału podmiotów specjalizujących się w realizacji ww. czynności pomocowych. Zlecenia odwrotne – opieka bez usług porządkowych, również są przedmiotem postępowań o zamówienia publiczne.
- 1.9. Odwołujący podnosi również, że ww. wymóg dotyczący wykazania spełnienia warunku przez konsorcjum stoi w opozycji do powszechnie występującego na rynku modelu realizacji tego typu zamówień. Uwagi wymaga, że na rynku funkcjonują podmioty wyspecjalizowane w świadczeniu usług tzw. pomocowych przy pacjencie. Podmioty te posiadają status podmiotu

lecniczego i funkcjonują w oparciu o zasady prawa handlowego jak i ustawy o działalności leczniczej. Jak pokazuje doświadczenie podmioty te realizują zamówienia odpowiadające charakterem niniejszego zamówienia w części odpowiadające ich zakresowi i przedmiotowi działalności. Wobec powyższego ograniczenie wynikające z ww. zastrzeżenia SWZ jest wprost sprzeczne z celem postępowania, gdyż uniemożliwia uzyskanie zamówienia przez konsorcjum wykonawców dających gwarancję należytego wykonania umowy. Postanowienie to jest dyskryminujące wobec ww. wykonawców, eliminuje z postępowania konsorcja, które dotychczas wspólnie realizowały tego rodzaju usługi i uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom specjalizującym się w danym rodzaju usług. Postanowienie to jest dyskryminujące wobec konsorcjów, które wspólnie wykonały zamówienie spełniające warunkiem i chciałyby złożyć ofertę w niniejszym postępowania.

- 1.10. Odwołujący podnosi ponadto, że dotychczasowe i bliźniacze zamówienie na ww. usługę było realizowane na rzecz Zamawiającego przez konsorcjum. Zamówienie to było i jest realizowane prawidłowo. Zamawiający udzielał ww. wykonawcy potwierdzenia należytego wykonania usługi. Tym samym podział zadań pomiędzy konsorcjantów nie skutkowało jakimkolwiek zagrożeniem dla jakości lub trwałości umowy zwartej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą – konsorcjum. Ponadto brak postanowień o szczególnych warunkach udziału konsorcjów, w tym w szczególności brak postanowień, o wymogu legitymowania określonym poziomem doświadczenia przez jednego konsorcjanta, dowodzi, że jak dotychczas Zamawiający uważał zamówienie za podzielne.
- 1.11. Ponadto - jak pokazuje doświadczenie - realizacja tego rodzaju zamówień przez konsorcja, co do zasady nie stanowi niebezpieczeństwa dla jakości lub trwałości świadczenia. Powszechnie wiadomym jest, że konsorcja realizujące tego rodzaju kontrakty otrzymują od Zamawiających potwierdzenia należytego zamówienia.
- 1.12. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie zawarte w SWZ nie jest usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego znajdującymi uzasadnienie w opisie przedmiotu zamówienia lub w obiektywnych – wynikających z praktyki rynkowej lub zindywidualizowanymi doświadczeniami Zamawiającego związanymi z nienależytą realizacją zamówienia – okoliczności związanych z realizacją zamówienia. Przywołane powyżej zastrzeżenie SWZ powoduje, że z postępowania zostały całkowicie wykluczone podmioty, które dotychczas realizowały tego rodzaju zamówienia w konsorcjach oraz podmioty specjalizujące się w poszczególnych rodzajach usług objętych zamówieniem. Odwołujący podkreśla, że na skutek ww. postanowień SWZ, ani podmiot sprzężający ani podmiot świadczący usługi pomocowe nie może wziąć udziału w postępowaniu, mimo, że powszechną praktyką jest wspólna realizacja czynności składających się na niniejsze zamówienie przez konsorcja tychże podmiotów, która to realizacja dokonuje się bez uszczerbku dla jakości świadczenia.
- 1.13. Odwołujący podkreśla ponadto, że zgodnie z orzecznictwem Zamawiający może określić dla konsorcjum odmienne od nakładanych na pojedynczych uczestników warunki realizacji zamówienia o ile SWZ zawiera uzasadnienie dla takiego zastrzeżenia, a określenie szczególnych warunków udziału w postępowaniu lub odmiennego sposobu realizacji kontraktu jest proporcjonalne. (wyrok z 6 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2013/20). W niniejszym

postępowaniu wymóg dotyczący ww. uzasadnienia nie został spełniony. Możliwość ograniczenia sumowania potencjałów wykonawców w celu spełnienia konkretnego warunku udziału w postępowaniu stanowi wyjątek od zasady ogólnej, a zastosowanie tej wyjątkowej sytuacji nie może stanowić o wyłączeniu możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjum. Idea tworzenia konsorcjum materializuje się poprzez możliwość sumowania potencjałów jego członków. Możliwość utworzenia konsorcjum ma również istotne znaczenie dla małych i średnich przedsiębiorców, którzy łącząc swój potencjał są w ten sposób zdolni do konkurowania z dużymi przedsiębiorcami.

1.14. Odwołujący wskazuje, że przedstawione przez niego stanowisko znajduje potwierdzenie również w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 czerwca 2017 r. o sygnaturze V SA/Wa 1906/16, w którym to Sąd ten uznał, iż *nie można żądać kompleksowego, całościowego oddzielnego spełnienia kryteriów uczestnictwa w postępowaniu przetargowym przez jednego z konsorcjantów. Na tym polega istota konsorcjum, że podmioty, które w normalnych warunkach indywidualnie nie byłyby w stanie spełnić wszystkich wymogów, wspólnymi siłami je wypełniając i mogą przystąpić do postępowania przetargowego mając większą szansę wspólnie otrzymać zamówienie.*

1.15. Podobne stanowisko co do sposobu stosowania art. 117 ust. 1 Ustawy znajduje potwierdzenie w wyrokach Sądów Powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej: wyroki: Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06; Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2008 r., sygn. akt XXIII GA 442/08; KIO z dnia 6 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 940/17, 943/17; KIO z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1902/17; KIO z dnia 19 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 207/18; KIO 221/18) w zakresie wykładni art. 23 ustawy Pzp i sprzeczności z tym przepisem treści SIWZ, która zmierzałaby do ograniczenia, bez szczególnego, obiektywnie uzasadnionego powodu, możliwości łączenia przez wykonawców swojego potencjału.

1.16. W sprawie istotnym jest także, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest formułowanie warunku, którego rygoryzm umożliwia dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Kształtowanie postanowień SWZ musi znajdować oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyrok z dnia 26 listopada 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1547/09: *Dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, którego tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. (...) dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 P.z.p., w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak i ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych (podobnie KIO z dnia 20 stycznia 2011 r. o sygn. akt KIO 28/11).*

2. OBOWIĄZEK WYSTAWIENIA JEDNEJ FAKTURY

2.1. Zgodnie z Rozdziałem III pkt 7 ppkt 3 SWZ (str. 20):

*Jeżeli zostanie 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, w której m.in. **zostanie określony pełnomocnik uprawniony do kontaktów z zamawiającym oraz do wystawiania dokumentów związanych z płatnościami**, przy czym termin, na jaki została zawarta umowa, nie może być krótszy niż termin realizacji zamówienia.*

Niedopełnienie powyższych formalności przez wybranego wykonawcę będzie potraktowane przez zamawiającego jako niemożność zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, może skutkować zatrzymaniem przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami – jeżeli dotyczy.

2.2. Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie 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.

2.3. 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.

2.4. 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.

2.5. 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 oprocentowane 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.

2.6. 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.*"

2.7. 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.

- 2.8. 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.
- 2.9. 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.
- 2.10. 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 obliuguje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wskazania w treści umowy konsorcjum wyłączenie jednego członka konsorcjum lub jednego współnika 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 kodeksy 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 jednorodnej 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 $\text{\textcircled{WZ}}$, 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 $\text{\textcircled{WZ}}$ 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 $\text{\textcircled{WZ}}$ 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. Etyd 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.

- 2.11. 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.

3. BRAK WSKAZANEJ MINIMALNEJ WIELKOŚCI ZAMÓWIENIA

3.1. Zgodnie z postanowieniami wzoru umownymi, Zamawiający nie określił minimalnej wielkości lub wartości swojego świadczenia. Jednocześnie zgodnie § 9 ust. 12 - 14 wzoru umowy Zamawiający jest uprawniony do ograniczenia wielkości zamówienia z jednoczesnym proporcjonalnym obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Postanowienie § 9 ust. 12 - 14 wzoru umowy brzmi:

12. Zamawiający zastrzega sobie prawo okresowego zmniejszania czyszczonych powierzchni lub zakresu czynności opisanego w zał. nr 1 do niniejszej umowy, w przypadku remontów lub innych przyczyn powodujących wyłączenie danej powierzchni z czasowego użytkowania. O zamiarze wyłączenia części powierzchni Zamawiający zawiadomi Wykonawcę pisemnie .

13. Zamawiającemu przysługuje prawo do zwiększania lub zmniejszania zakresu usług z przyczyn organizacyjnych wynikających np. z procesu restrukturyzacji Zamawiającego.

14. W przypadku zmiany polegającej na ograniczeniu w danym miesiącu umówionego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia wynagrodzenie, o którym mowa w niniejszym paragrafie ulegnie obniżeniu o kwotę wynikającą z przemnożenia właściwej, zryczałtowanej jednostkowej ceny usługi, oraz faktycznej ilości powierzchni oraz/lub łózek zmniejszonej do wykonania usługi.

3.2. Wobec powyższego, wykonawca na podstawie SWZ nie uzyskał informacji o minimalnej wartości lub wielkości zobowiązania Zamawiającego. Wartości i wielkości podane w SWZ są wielkościami szacunkowymi, są nieokreślone, pozwalają na dowolne ograniczenie wielkości zamówienia, a w konsekwencji obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem każdego rodzaju włączeń lub ograniczeń, w tym również wyłączeń nadzwyczajnie wysokich lub długich. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że wbrew wymogom art. z art. 433 pkt 4 Ustawy, wzór umowy nie zawiera minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron mimo, że Zamawiający zastrzegł dla siebie możliwość ograniczenia zamówienia.

Odwołujący zwraca uwagę na wyrok KIO z dnia 26 listopada 2023 r., sygn. akt. KIO 3233/21 zgodnie w myśl którego *zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.*

3.3. Odwołujący podnosi ponadto, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, Zamawiający w umowie nie może zastrzegać sobie prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Oznacza to, że przedmiot umowy powinien

być określony w taki sposób, by wykonawca mógł ustalić minimalny, pewny zakres lub wielkość przyszłego swojego świadczenia oraz wysokość odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Wymiar tego zakazu jest dwojaki. Po pierwsze, chroni on wykonawcę przed stratami ponoszonymi w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, w sytuacji gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy jest znacznie mniejszy czy wręcz znikomy. Po drugie, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia, a co za tym idzie - przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie w opisie przedmiotu zamówienia zakresu szacunkowego lub maksymalnego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw lub usług (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. z 2.1.2017 r. sygn. akt. KIO 2346/16 uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Izba wskazała, że zastrzeżenie takie prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego. Zatem, jeśli nawet zamawiający nie jest w stanie w precyzyjny sposób określić swoich potrzeb, dla zaspokojenia których udziela zamówienia, nie może określić jedynie maksymalnej wartości zobowiązania i zastrzec, że zamówienie będzie realizować według bieżących, rzeczywistych potrzeb. Zobowiązany jest wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Zamawiający może w takim przypadku skorzystać również z instytucji prawa opcji, które pozwala na rozszerzenie zamówienia podstawowego o towarzyszące mu usługi lub dostawy. (Jaworska Marzena [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, 2021, [w]: komentarz do art. 433, pkt B.4).

- 3.4. Odwołujący podkreśla, iż takie działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 433 ustawy Pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 433 ustawy Pzp było m.in., że „specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

3.5. Ponadto zgodnie z Prawem zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać w szczególności zakres zamówienia. Innymi słowy powinien on określać „ilość zamówienia” (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08). Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym umożliwia bowiem wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty. Odrębną kwestią jest to, że Zamawiający tylko wskutek prawidłowego przedmiotu zamówienia będzie mógł prawidłowo oszacować wartość zamówienia z należytą starannością. Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie dają podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem jego ilości/wielkości, nawet w przypadku, gdy jego zapotrzebowanie jest trudno przewidywalne. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09), zgodnie, z którym „przepis art. 29 ust. 1 ustawy nie daje podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zapotrzebowanie Zamawiającego jest trudno-przewidywalne. Sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów leczniczych, nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji”. Stosownie do postanowienia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

3.6. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 99 ust.1 in principio ustawy Pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części usług lub dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z art. 29 tejże ustawy (arg. z wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05). Ponadto, jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (orzeczenie SO dla Warszawy – Pragi z 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05), „niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby Zamawiającego (...), gdyż jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego”.

3.7. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy

swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”.

3.8. Należy mieć przy tym na uwadze, iż zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy, powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem, zawartym w ofercie. Podkreślenia wymaga również fakt, że również - zgodnie z dominującym poglądem doktryny - Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, o ile Zamawiający wskaże minimalny próg, do jakiego zobowiązany będzie wykonać zamówienia, a który nie będzie w sposób znaczący odbiegać od wartości maksymalnych (W. Bertman-Janik „Zamówienia na leki”, Przetargi publiczne 2007 r., nr 4, s. 40)

3.9. Odwołujący podkreśla ponadto, że kwestionowane postanowienia SWZ nie pozwalają Wykonawcy na należyte skalkulowanie optymalnej ceny w swojej ofercie. Optymalna cena w ofercie Wykonawcy uzależniona jest bowiem od faktycznej, a nieszacowanej ilości usług, które zakupi Zamawiający. Tak, więc inna cena będzie dla maksymalnej ilości zadeklarowanej SWZ, a inna dla ilości pomniejszonych w myśl ww. postanowień SWZ. Przyjęcie możliwości dowolnego zmniejszenia wielkości zamówienia, dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez Zamawiającego. Ponadto istotnym jest także, że rezultatem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywileje. Istnienie kwestionowanego zapisu w SWZ powoduje to, że tylko Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.

3.10. Odwołujący podnosi, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, co pozwala uznać je za niejasne, nieprecyzyjne, dowolne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia społecznego winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty, jak i potencjalnej umowy. Zasady te mają zapewnić równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (wyrok z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

3.11. Odwołujący dodatkowo podkreśla, iż opisane przez Zamawiającego warunki zmiany zamówienia w postaci zmniejszenia są konstruowane w sposób niedookreślony. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach, z czym związanych, będzie możliwa

zmiana umowy i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Akceptacja zmiany zamówienia na zasadach określonych w SWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej stron postępowania - Zamawiającego i stanowi nadużycie prawa. W przedmiotowej kwestii KIO podobnie wypowiedziało się w wyrokach:

1) KIO z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07:

Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.

2) KIO z dnia 2 stycznia 2017 r. sygn. akt 2346/16

Zastrzeżenie przez zamawiającego w projekcie umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza, bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty.

Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny, co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie.

4. OKREŚLENIE MAKSYMALNEJ WARTOŚCI ZMIANY WYNAGRODZENIA W KALUZULI UMOWNEJ, O KTÓREJ MOWA W ART. 436 PKT 4 PPKT B USTAWY

4.1. Zgodnie z postanowieniem § 9 ust. 17 wzoru umowy:

Zamawiający zastrzega, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian jej wysokości, o których mowa w ust. 8 i 15 wynosi 10% wysokości wynagrodzenia w ujęciu brutto, o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy.

Zgodnie z § 9 ust. 8 wzoru umowy:

8. *Strony dopuszczają możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy określonego w umowie w przypadku zmiany:*

- *stawki podatku od towarów i usług,*
- *wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;*

- *zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,*
- *zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych;*

o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

4.2. Odwołujący podnosi, że postanowienie zawarte w § 9 ust. 17 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. postanowienia jest uwolniony od zmiany waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy ponad wartość (limit) wskazany w § 9 ust. 17 wzoru umowy. Zgodnie z literalnym brzmieniem § 9 ust. 17 wzoru umowy maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy dotyczy zarówno zmiany dokonywanej w wyniku zastosowania klauzuli wymaganej na podst. art. 439 Ustawy jak i 436 Ustawy. Art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nie zawiera uprawnienia umożliwiającego Zamawiającemu limitowanie wartości zmian wynagrodzenia wykonawcy. Przeciwnie, zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą oraz celem, który realizuje art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, wprowadzanie we wzorze umowy postanowień ograniczających wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy jest niedozwolone. Powtarzając za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt: X GC 5/23, Odwołujący 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 limitu wartości waloryzacji, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy do czego nie jest uprawniony na podstawie przywołanego przepisu ustawy. Zamawiający wbrew art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy przerzuciła na wykonawcę obowiązek finansowania kosztów, które w myśl ww. przepisu powinny być finansowane przez Zamawiającego.

4.3. 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 ograniczenia 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 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”.

4.4. 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 uwzględniać 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.

4.5. 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. (...)”.

5. WYGÓROWANA WYSOKOŚĆ SUMY KAR UMOWNYCH

5.1. Zgodnie z postanowieniem § 12 ust. 15 wzoru umowy:

Łączna maksymalna wysokość naliczonych kar 50% wartości brutto umowy.

5.2. Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 50% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za 1/2 wykonanego zamówienia, gdyż wynagrodzenie to zostanie skonsumowane przez kary umowne. Z kolei Zamawiający nie dość, że osiągnie cel, w jakim prowadzi postępowanie, czyli otrzyma usługę opisaną w SWZ, to jeszcze niejako uzyska zwrot 50% inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych.

5.3. Odwołujący wskazuje również, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą sądów powszechnych, wysokość kar, która w stosunku do wartości zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, uznawana jest za nadmierną dolegliwość, świadczącą o niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecnictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie dostępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r. sygn. akt: V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy. Na dzień złożenia odwołania ustalona, w

projektu kara za wypowiedzenie umowy wynosi 10% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Już z tego choćby powodu maksymalna wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

6. WYPOWIEDZENIE UMOWY

6.1. Zgodnie z postanowieniami § 14 ust. 4 wzoru umowy:

Zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia umowy w wypadkach wskazanych w umowie. Ponadto, Zamawiający wypowiedzieć 30-dniowym okresem wypowiedzenia, jeżeli Wykonawca, mimo uprzedniego pisemnego upomnienia i wyznaczenia mu terminu na zaprzestanie naruszeń, dopuszcza się rażącego naruszenia obowiązków wynikających z umowy, w szczególności gdy:

a. powtarzają się przypadki nienależytego wykonania umowy,

(...)

6.2. Odwołujący podnosi, że ww. okoliczności wypowiedzenia umowy zostały ustalone dowolnie, w sposób niedookreślony oraz niekonkretny i umożliwiają Zamawiającemu rozwiązanie umowy w dowolnym momencie jej trwania z błahego powodu. Odwołujący zaznacza, że zgodnie ze wzorem umowy Zamawiający nie określił wagi naruszeń umowy, ich ilości okresu występowania. Skutkiem powyższego Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia umowy po trzech nawet drobnych uchybieniach w realizacji umowy, które to uchybienia nie muszą dotyczyć istotnych elementów wykonania usługi.

Odwołujący zwraca również uwagę, że zgodnie z art. 471 Kodeksu cywilnego, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

W myśl przywołanego postanawiania umownego, Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia umowy bez przeprowadzenia uprzedniej procedury wyjaśniającej przyczynę i okoliczności wystąpienia uchybień. W związku z powyższym powyższe postanowienia umożliwia obciążenie wykonawcy odpowiedzialna za okoliczności niezawinione. Tymczasem, aby stwierdzić nienależyte wykonanie niezbędne jest udowodnienie, że dłużnik nie zachował należytej staranności. Zamawiający w myśl ww. postanowienia nie będzie badał powyższej okoliczności a wypowiedzenia może dokonać na podstawie subiektywnej oceny jakości wykonania usługi oraz w oparciu znane wyłącznie sobie kryteria.

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

6.3. 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.

6.4. Odwołujący podnosi, że przywołane postanowienie umowne pozwalają Zamawiającemu na rozwiązanie umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę. Odwołujący podnosi, że umowa powinna enumeratywnie wskazywać przesłanki 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.

6.5. 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.

6.6. 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.