

Wrocław, dnia 4 maja 2021 r.

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

Odwołujący:

Impel Facility Services Sp. z o. o.
ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław
KRS: 0000005901
NIP: 9542250979
numer telefonu:
727003039
adres poczty elektronicznej:
a.orzechowska@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko):
Anna Orzechowska

Zamawiający:

Akademia Górniczo - Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie
al. Mickiewicza 30; 30-059 Kraków
NIP: 675-000-19-23
REGON: 000001577
tel.: 0-12 617-35-95
strona internetowa:
www.dzp.agh.edu.pl
adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:
www.dzp.agh.edu.pl
poczta elektroniczna zamawiającego:
dzp@agh.edu.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Specjalistyczne usługi sprzątnia Basenu AGH – KC-zp.272-119/21* (znak postępowania: KC-zp.272-119/21).

- I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):
 1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 079-202549 w dniu 23.04.2021 r..
 2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Specjalistyczne usługi sprzątnia Basenu AGH – KC-zp.272-119/21 Numer referencyjny: KC-zp.272-119/21.
- II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz związane przytoczenie zarzutów:
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
 - 1) art. 433 pkt 4, art. 455 ust. 1 pkt 1, Ustawy oraz art. 8, art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16, art. 17 Ustawy oraz art. 58 ustawy Kodeks cywilny poprzez:

- a) wskazania w treści SWZ, w tym również w projekcie umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron na poziomie nieracjonalnym, przenoszącym wszystkie ryzyka wykonania zamówienia na Wykonawcę oraz skutkującym obejściem wymogu ustawy Prawo zamówień publicznych do wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- b) ustanowienie w treści SWZ - projekcie umowy - postanowień umożliwiających dowolną zmianę postanowień umowy w stosunku do treści wybranej oferty podczas, gdy inna niż nieistotna zmiana umowy wymaga sformułowania jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych określających jednocześnie rodzaj i zakres zmian, warunki wprowadzenia nie skutkujących modyfikacją ogólnego charakter umowy Ustawy Pzp;
- c) dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której będzie on miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy pzp zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka ograniczenia wielkości zamówienia, która powinna być dokonywana w oparciu o racjonalne i jednoznaczne kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez Wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego, jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy Pzp istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

- 1) zmianę treści SWZ poprzez:
 - a) usunięcie postanowienia rozdz. 4 pkt 4.1. podrozdział VII ostatnie zdanie w tabeli na str. 12, że
Gwarantowany zakres umowy na poziomie 60% ceny oferty
 i zastąpienie ww. postanowieniem, że:
Gwarantowany zakres umowy na poziomie 80% ceny netto oferty
- 2) zmianę załącznika nr 3 do SWZ – projektu umowy, poprzez sformułowanie i dodanie do projektu umowy:
 - b) jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych umożliwiających Zamawiającemu ograniczenie zakresu zamówienia o nie więcej niż 20% wartości całkowitego wynagrodzenia umownego netto wykonawcy ustalonego w § 3 ust. 1 umowy;
 - c) jasne, precyzyjne i jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu zmian umowy, o których mowa w § 3 ust. 2 oraz § 3 ust. 4 projektu umowy;
 - d) jasne, precyzyjne i jednoznaczne określenie warunków wprowadzenia zmian, o których mowa w § 3 ust. 2 oraz § 3 ust. 4 projektu umowy;
- 3) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) - 2) powyżej

oraz z daleko idącej ostrożności w przypadku upływu terminu składania ofert lub otwarcia ofert przed rozpoznaniem przez KIO niniejszego odwołania – podnoszę, że w postępowaniu został naruszony art. 254 pkt 6 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem przez Zamawiającego czynności z naruszeniem Ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania i wnoszę o nakazanie unieważnienia postępowania.

Ponadto wnoszę o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

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

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy odwołanie wobec treści dokumentów wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

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

Publikacja ogłoszenia nastąpiła w dniu 23.04.2021 roku opublikował co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Specjalistyczne usługi sprzątnia Basenu AGH – KC-zp.272-119/21*. Numer referencyjny: KC-zp.272-119/21; w trybie przetargu nieograniczonego.

MINIMALNA WILKOŚĆ ZAMÓWIENIA; ISTOTNA ZMIANA UMOWY

Zgodnie z postanowieniami SWZ:

- 1) rozdz. 4 pkt 4.1. podrozdział VII ostatnie zdanie w tabeli na str. 12
Gwarantowany zakres umowy na poziomie 60% ceny oferty
- 2) załącznik nr 3 do swz, projekt umowy § 3 ust. 4
Gwarantowany zakres umowy.....
- 3) załącznik nr 3 do swz, projekt umowy § z ust. 2

Strony umowy zgodnie postawiają, że wynagrodzenie w przypadku przestoju w funkcjonowaniu całości lub części Basenu AGH z przyczyny niezawinionej przez zamawiającego lub na skutek działania siły wyższej, zostanie proporcjonalnie pomniejszone o faktyczny czas przestoju oraz o powierzchnię wyłączoną z realizacji przedmiotu umowy.

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia par. 3 ust. 2, 4 oraz zastrzeżenie z rozdz. 4 pkt 4.1. podrozdział VII ostatnie zdanie w tabeli na str. 12 SWZ noszą znamiona klauzuli ograniczającej wielkość zamówienia jak i klauzuli dotyczącej istotnej zmiany umowy. Ograniczenie wskazane w par. 3 dotyczy zdarzeń wywołanych siłą wyższą, w tym aktualnie zwłaszcza epidemią covid-19. Do ww. postanowienia umownego znajdują zastosowanie zarówno regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych jak i ustawy Kodeks cywilny, w tym m.in. przepisy w zakresie dotyczącym tak swobody kontraktowania jak i siły wyższej. Zgodnie z dobrymi praktykami wypracowanymi na terenie RP od marca 2020 r. oraz standardami znanymi w prawie międzynarodowym przed 2020 r. podstawowymi elementami klauzuli dotyczącej siły wyższej powinny być m.in.:

- 1) oświadczenie stron, co do świadomości obecnych ograniczeń i sytuacji rynkowej, oraz zdolności do wykonania zobowiązań w warunkach istniejących na dzień zawarcia umowy;
- 2) regulacje dotyczące przewidywalnych zdarzeń obiektywnie utrudniających lub wyłączających możliwość wykonania zakresu obowiązków;
- 3) uzgodnienie stron, że wystąpienie czynnika o negatywnym wpływie daje, stronie umowy dotkniętej działaniem takiego czynnika, prawo do skorzystania z uprawnień przewidzianych klauzulą w trybie tam opisanym;
- 4) uprawnienia strony dotkniętej działaniem czynnika o negatywnym wpływie powinny być skorelowane z jego naturą, a w szczególności faktem, czy jego wystąpienie jedynie znacząco utrudnia wykonanie zobowiązania, czy też je uniemożliwia;
- 5) rozstrzygnięcie o kosztach związanych z wystąpieniem czynnika o negatywnym wpływie i uruchomieniem uprawnień z nim powiązanych.

Klauzula sformułowana w par. 3 projektu umowy zawiera ww. elementy klauzuli dotyczącej siły wyższej zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego. Na mocy postanowienia par. 3 ust. 2 projektu umowy Zamawiający jest uprawniony do zredukowania wynagrodzenia wykonawcy o dowolną wielkość. Zamawiający ograniczając wielkość zamówienia, nie znosi jednocześnie, żadnego z innych niż świadczenie pracy obowiązków wykonawcy. Wykonawca jest więc zobowiązany np. do ciągłego utrzymywania w gotowości kadr niezbędnych do realizacji zamówienia zatrudnionych - zgodnie z umową - na umowę o pracę. Zamawiający nie rekompensuje kosztów ww. zatrudnienia, ani też żadnych innych kosztów związanych z utrzymaniem gotowości usługi. Pomimo ponoszenia przez wykonawcę kosztów stałych kontraktu, Zamawiający ogranicza się wyłącznie do zapłaty za usługę w zrealizowanej faktycznie części a więc bez kosztów utrzymania gotowości usługi. Z uwagi na powyższe klauzula ta stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienie par. 3 ust. 2 jest niekorzystne i dyskryminujący wobec wykonawcy a nadto może interpretowane jako wyzysk. Wykonawca został bowiem obciążony całością ryzyka, które mogą wystąpić w związku siłą wyższą tj. trwającą epidemią covid-19. Postanowienia umowne uwalniają Zamawiającego od wszelkich ciężarów związanych wystąpieniem siły wyższej przy jednoczesnym utrzymaniu gwarancji podjęcia pełnej realizacji usługi przez wykonawcę na wezwanie tj. w dowolnym momencie i na dowolny czas. Postanowienia te nie mają więc na celu dostosowania umowy (stosunku prawnego) do sytuacji zmienionej siłą wyższą. Wyłącznym celem ww. postanowień jest ochrona Zamawiającego przed skutkami siły wyższej. Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron wyrażonej w art. 431 pzp oraz swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353(1) k.c.. Ze względu na cel ww. regulacji uznaje się, że są sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 k.c..

Odwołujący podnosi również, że ww. postanowienia par. 3 ust. 2 projektu umowy nie spełnia

wymogów art. 455 ust. 1 pzp tj. nie zawierają wymaganych ww. przepisem pzp elementów warunkujących zmianę umowy.

Odwołujący zaznacza ponadto, że ww. postanowienia projektu umowy oraz SWZ nie zawierają ani wskazania minimalnej wartości przedmiotu zamówienia ani wielkości świadczenia stron w myśl art. 433 pkt 4 ustawy. Postanowienia te noszą tym samym znamiona klauzul abuzywnych, o której mowa w art. 433 pkt 4 pzp.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podnosi również, że, wyłączając przywołane we wstępie postanowienia SWZ dokumentacja postępowania nie zawiera innych regulacji określających minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Przywołane we wstępie postanowienia umożliwiają Zamawiającemu ograniczenie wielkości zamówienia o niemal połowę. Postanowienia te, jak wynika z treści projektu umowy, należy odczytywać jako istotne zmiany umowy. Ograniczenia wprowadzone przez Zamawiającego może więc przekraczać 10% wartości pierwotnej umowy. Z uwagi na powyższe, ww. postanowienia nosi znamiona klauzuli abuzywnej, o której mowa w art. 433 pkt 4 pzp, gdyż *de facto* nie zawiera informacji o maksymalnej wielkości ograniczenia a wielkość podana w SWZ jej wielkością pozorną, której celem nie jest umożliwienie rzetelnej wyceny ofert, ale wyłącznie ochrona Zamawiającego przed negatywnymi skutkami finansowymi siły wyższej lub innych zupełnie dowolnych decyzji Zamawiającego mieszczących się w granicach przewidzianego ograniczenia.

W zakresie postanowień SWZ (rozdz. 4 pkt 4.1. podrozdział VII ostatnie zdanie w tabeli na str. 12), Odwołujący podnosi, że również i ono narusza ww. 433 pkt 4 pzp. Możliwość ograniczenia zamówienia do 40% - 45% wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy, oznacza, że minimalna wielkość zamówienia została określona w sposób pozorny. Zamawiającemu przysługuje bowiem prawo do dowolnej zmiany wielkości umowy. Odwołujący podnosi, że zarówno ww. postanowienia par. 3 projektu umowy nie stanowią jednoznacznej deklaracji Zamawiającego co do wielkości zamówienia lub gwarancji do tejże wielkości. Przywołane postanowienie dowodzą, że wielkość kontraktu i tym samym rzeczywiste potrzeby Zamawiającego są zdecydowanie poniżej założeń i wartości określonych w SWZ, oraz, że mogą nie przekroczyć nawet 55% przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym w ocenie Odwołującego wątpliwym jest, aby podany w SWZ zakres zamówienia był wartością i wielkością rzeczywistą, która powinna stanowić podstawę wyceny oferty. Z uwagi na powyższe brak wskazania w SWZ gwarantowanej wielkości zamówienia stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp w tym w szczególności naruszeni art. 433, art. 455 oraz art. 99 pzp a nadto jest sprzeczne z prawem z uwagi na zasady prawa cywilnego.

Odwołujący uzasadnia dodatkowo, że ww. postanowienia umowne są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż dopuszczają dowolną zmianę umowy względem treści złożonej oferty. Zmiana ta nie jest określona i sprecyzowana w myśl reguł określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp ani też żadnych innych reguł i zasad wynikających z pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem pzp, aby zmiana umowy była dopuszczalna musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian, warunki wprowadzenia ww. zmian. Zmiana taka nie może także skutkować modyfikacją ogólnego umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienia umowne nie zawierają żadnego z przywołanych elementów wymaganych ustawą pzp to jest ono sprzeczne z ww. ustawą. Uwagi wymaga również, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniach umownych są, w niektórych przypadkach, mogą być zależne wyłącznie od woli Zamawiającego.

Na skutek przywołanych powyżej postanowień umownych wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż czasowe wyłączenia części powierzchni z realizacji zamówienia nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego. Wykonawca zobowiązany zaś jest ponieść określone koszty stałe, takie jak nabycie i utrzymanie określonej ilości środków czystości i sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu,

leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali - koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości, a asortyment (np. zakupione środki czystości) może utracić datę przydatności do użycia.

W konsekwencji, uzasadniony był zabieg ustawodawcy, pozwalający zagwarantować wykonawcy minimalny pułap wielkości zamówienia, którego zamawiający zmniejszyć nie może.

Ponadto, 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 gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.) 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).

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”.

Odwołujący wskazuje, że 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.

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”.

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 zasada równości stron umowy”.

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)

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, 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 zmniejszenia wielkości zamówienia na poziomie określonym w SWZ 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.

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).

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 w zakresie wielkości sprzątanых powierzchni 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:

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.

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 ilościowym

Odwołujący wskazuje, że brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron wpływa na decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg wykonawców zainteresowanych małym - niewielkim, co do wolumenem - zamówieniem jest inny niż dużym.

Odwołujący podnosi również, że ww. postanowienia umowne są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż dopuszczają istotną zmianę umowy względem treści złożonej oferty bez zachowania wymogów wynikających z pzp. Zmiana ta nie jest określona i sprecyzowana w myśl reguł określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp ani też żadnych innych reguł i zasad wynikających z pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem pzp, aby zmiana umowy była dopuszczalna musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian, warunki wprowadzenia ww. zmian. Zmiana taka nie może także skutkować modyfikacją ogólnej umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienia umowne nie zawiera żadnego z przywołanych elementów wymaganych ustawą pzp to jest ono sprzeczne z ww. ustawą. Uwagi wymaga również, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniu umownych stoją w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania. Na mocy przywołanego postanowienia umownego dozwolone jest bowiem wykreowanie po udzieleniu zamówienia innego lub nawet nowego zobowiązania wykonawcy niż to, które było przedmiotem postępowania. Odwołujący podkreśla, że tego rodzaju zmiany są zakazane w myśl pzp i dotyczą tak zmian nieistotnych zmian umowy jak i istotnych.

Odwołujący podkreśla, że zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany umowy, wymaga jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Przywołane postanowienie umowne nie spełnia ww. wymogów. Dopuszczalna przez Zamawiającego wielkość, zakres i okoliczności zmiany jest właściwie nieograniczona a nadto stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego (prawa do kształtowania postanowień umownych) przysługującego zamawiającemu. Przedstawione stanowisko jest zgodne z opinią UZP, wydanej na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowującej aktualność, w myśl której *zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144*

ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności). ([opinia UZP: Jak Należy formułować klauzule umowne w oparciu o art 144 ust. 1 ustawy Pzp](#)).

Odwołujący zaznacza także, że przesłanki przewidziane w ustawie pzp są zgodne z treścią art. 72 Dyrektywy klasycznej 2014/24/UE. W punkcie 109 preambuły Dyrektywy wskazano ponadto, że zmiana umowy nie może nastąpić w sytuacjach, w których modyfikacja powoduje zmianę charakteru całego zamówienia, rozumianą na przykład jako zastąpienie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług innym przedmiotem zamówienia, lub jako całkowitą zmianę rodzaju zamówienia, ponieważ w takim przypadku można każdorazowo zakładać potencjalny wpływ na wynik postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) po raz pierwszy wypowiedział się na temat możliwości wprowadzania zmian w zawartych umowach w sprawie Komisja przeciwko Francji (C-337/98), stwierdzając, iż w świetle prawa wspólnotowego, ze względu na cel zapewnienia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, zmiany w postanowieniach umowy w czasie jej trwania są równoznaczne z udzieleniem nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Doprecyzowanie tego stanowiska TSUE nastąpiło orzeczeniem z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 (presstext Nachrichtenagentur BmbH przeciwko Republice Austrii), w którym Trybunał podniósł, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną w sytuacji, kiedy wprowadza warunki, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona, a także modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść Wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

Wobec powyższego, Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia umowne są sprzeczne z ustawą pzp. Sprzeczność z ustawą ww. postanowienia polega na tym, że postanowienia te nie zawierają żadnego z obligatoryjnych elementów opisu zmiany umowy wymaganego art. 455 ust.1 pkt 1 mimo, że może być stosowane również w przypadku istotnej zmiany treści umowy. Postanowienie to legalizuje więc nieokreśloną, dowolną zmianę kontraktu uzależnioną wyłącznie od woli stron co stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą przejrzystości.

Mając na uwadze powyższe na uwadze Odwołujący wnosi jak w *petitum*.

Załączniki:

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