

WYROK

z dnia 29 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Ars Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie.

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów określonych numerami 3, 4 i 7 (str. 3) odwołania,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Ars

Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Ars Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Ars Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu na rzecz zamawiającego - Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 PUM w Szczecinie - kwotę

4 526,07 zł (słownie: cztery tysiące pięćset dwadzieścia sześć złotych siedem groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14

dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1578/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 PUM w Szczecinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są kompleksowe usługi: sprzątnia, dezynfekcji powierzchni Szpitala z uwzględnieniem usług pomocniczych w obiektach SPSK Nr 1 PUM.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 czerwca 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Ars Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, dokonanej w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na:

- 1) postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.):
 - a) określenie warunków w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
 - b) określenie nieproporcjonalnego i nieuzasadnionego charakterem zamówienia sposobu spełniania warunku wiedza i doświadczenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie;
- 2) postanowienia umowne:
 - a) uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę waloryzacji na podstawie art. 439 ustawy P.z.p.;
 - b) ograniczające możliwość wypowiedzenia umowy z ważnych powodów tj. z powodu opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia oraz ustalenie niesymetrycznych uprawnień do wypowiedzenia umowy dla stron;

c) ustalające rażąco wygórowane kary umowne;

d) skutkujące wydłużeniem terminu płatności ponad 60 dni.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, tj. poprzez:

a) określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób węższy niż zasadnicze czynności stanowiące przedmiot zamówienia,

b) określenie warunków w sposób nadmierny;

c) określenie warunków w sposób nieuzasadniony potrzebami zamawiającego, podczas gdy warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalane na odpowiednim poziomie, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz powinny być związane z przedmiotem zamówienia, a nie identyczne z przedmiotem oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców

2. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, tj. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu na zbyt niskim, minimalnym poziomie zdolności w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalane na odpowiednim poziomie, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz związane z przedmiotem zamówienia oraz sformułowane zgodnie z zasadami proporcjonalności, przejrzystości oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, tj. w sposób, który gwarantuje wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, na odpowiednim poziomie jakościowym oraz z zapewnieniem najlepszej jakości usług w ramach środków przeznaczonych na realizację zamówienia i najlepsze efekty w stosunku do poniesionych nakładów;

3. art. 117 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 w zw. art. 16 ustawy P.z.p. poprzez nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne sformułowanie wymagania, aby warunek zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia, był w przypadku konsorcjum spełniony w taki sposób, aby jeden z wykonawców spełniał samodzielnie warunek opisany w ww. punkcie s.w.z., w całym jego zakresie, podczas gdy wykonywanie udzielanego na podstawie niniejszego zamówienia przez konsorcjum posiadające łączne doświadczenie równe wymogowi zamawiającego, umożliwia wykonanie tego zamówienia przez każdego konsorcjanta w zakresie, w którym posiada odpowiednią część doświadczenia bez uszczerbku dla całości świadczenia;

4. art. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i art. 353(1) i art. 58 § 1 i 2 K.c. poprzez ustalenie postanowień umownych, dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, które skutkują zniesieniem obowiązku waloryzacji

wynagrodzenia wykonawcy, podczas, gdy przepis art. 439 ustawy P.z.p. wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad indeksacji wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 12 miesięcy.

5. art. 8, art. 431 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez

ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy, tj. poprzez :

a) zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia zamawiającego do rozwiązania umowy z dowolnego powodu z zachowaniem 6-cio miesięcznego okresu wypowiedzenia

podczas, gdy wykonawca może wypowiedzieć umowę z ważnego powodu z zachowaniem de facto 6-cio miesięcznego okresu wypowiedzenia;

b) zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia do rozwiązania umowy z dowolnego powodu wyłącznie dla zamawiającego, podczas gdy wykonawca na mocy umowy jest uprawniony do wypowiedzenia umowy wyłącznie z ważnego powodu;

6. art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i art. 353(1) w zw. z art. 473 § 1 w zw. z art. 483 w zw. z art. 484 § 2 K.c. poprzez określenie w treści s.w.z. - projekcie umowy - kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie wartościowym nieadekwatnym do okoliczności oraz na poziomie wartościowym nieadekwatnym do wartości zamówienia;

7. art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany treści s.w.z. i ogłoszenia poprzez:

1) w zakresie dotyczącym warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie): zastąpienie dotychczasowego postanowienia, treścią:

wykonał, bądź w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 1 usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącą przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna realizację przez okres co najmniej 12 miesięcy, na podstawie jednej umowy, usługę spełniającą łącznie następujące kryteria:

usługa obejmująca swoim zakresem usługę sprzątnia i usługę czynności pomocniczych w podmiocie leczniczym prowadzącym szpital i posiadającym w swojej strukturze bloki operacyjne i oddziały o charakterze zabiegowym, komórki wykonujące badania z zakresu patomorfologii, w których ilość zarejestrowanych łóżek wynosi > 400 i o łącznej powierzchni do utrzymania czystości > 30.000,00 m i otrzymywanym rocznym wynagrodzeniu nie mniejszym niż 11.000.000,00 zł.

2) w zakresie dotyczącym określenia sposobu spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

usunięcie z treści dokumentacji postępowania postanowienia, że:

W przypadku ofert wspólnych ww. warunek musi w całości spełniać przynajmniej jeden z wykonawców wspólnie składających ofertę.

3) w zakresie dotyczącym waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy na podst. art. 439 ustawy: zastąpienie postanowienia § 11 ust. 12 wzoru umowy treścią:

1. Wynagrodzenie Wykonawcy podlega zmianie w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,

2. Przez zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją usługi rozumie się jako:

2) obniżenie odpowiednio cen lub kosztów, gdy roczny wskaźnik inflacji wyniesie poniżej 0,0 %.

3. Zmiana ceny materiałów lub kosztów będzie ustalana na podstawie Wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” (dalej: wskaźnik GUS).

Wskaźnikiem właściwym do wyliczenia wzrostu będzie kwartalny wskaźnik GUS liczony za analogiczny okres roku poprzedniego (np. wskaźnik wzrostu 1Q2022 do 1Q2021)

4. Zmiana ceny materiałów lub kosztów będzie ustalana za okres każdego zakończony kwartału roku kalendarzowego, w którym realizowana jest umowa.

5. Wynagrodzenie wykonawcy waloryzuje się zgodnie z następującymi zasadami:

1) pierwsza zmiana wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej, niż po zakończeniu pełnego kwartału realizacji umowy, jeżeli nastąpi wzrost ww. wartości Wskaźnika GUS.

2) każda kolejna zmiana wynagrodzenia nastąpi po upływie każdego zakończony okresu, o którym mowa w pkt 4, jeżeli w tym okresie nastąpi wzrost wartości Wskaźnika GUS.

3) wynagrodzenie Wykonawcy ulega waloryzacji od pierwszego dnia miesiąca następującego po dniu publikacji komunikatu Prezesa GUS o wysokości ww. Wskaźnika GUS.

4) wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy zostanie ustalona jako iloczyn całkowitej wysokości wynagrodzenia brutto wykonawcy, obowiązującego na dzień zakończenia okresu o którym mowa w pkt 4 i wysokości Wskaźnika GUS. Wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy sumuje się z obowiązującą wysokością wynagrodzenia brutto Wykonawcy obowiązującą na dzień zakończenia okresu o którym mowa w pkt 4.

5) Wykonawca po każdej zmianie wskaźnika poinformuje Zamawiającego o wysokości waloryzacji wynagrodzenia. Zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy nie wymaga zgody Zamawiającego i zmiany umowy.

4) w zakresie dotyczącym wypowiedzenia umowy:

zastąpienie postanowienia § 4 ust. 3 - 6 wzoru umowy treścią:

1. Wykonawcy przysługuje prawo wypowiedzenia umowy, po uprzednim wezwaniu do uregulowania należności. Okres wypowiedzenia wynosi 3 miesiące, z terminem wypowiedzenia na koniec miesiąca kalendarzowego.

2. Stronom przysługuje prawo wypowiedzenia umowy za uprzednim 6-miesięcznym okresem wypowiedzenia z terminem wypowiedzenia na koniec miesiąca kalendarzowego.

3. Za obopólną zgodą - porozumieniem umawiających się Stron, umowa może być rozwiązana w każdym czasie.

5) w zakresie dotyczącym kar umownych:

zastąpienie postanowienia § 9 ust. 3 - 10 wzoru umowy treścią:

2. Podstawą do określenia wysokości kary umownej będzie miesięczna ilość procentów karnych. Personel medyczny w jednostkach medycznych oraz wyznaczeni pracownicy części administracyjnej będą odnotowywali przypadki nienależytego wykonania umowy,

zgodnie z katalogiem w ust. 4, w bieżących protokołach odbioru usługi zamieszczanych przez Wykonawcę w dostępnym miejscu w każdej jednostce medycznej SPSK Nr 1 oraz w każdym budynku części administracyjnej.

3. Po złożeniu wszystkich protokołów w terminie do trzeciego dnia roboczego miesiąca następującego po miesiącu rozliczeniowym, pracownik Działu Administracyjno-Gospodarczego przypisze procenty karne (zgodnie z ustalonym katalogiem) za wystąpienie danego niedopełnienia obowiązku w rozpatrywanym miesiącu rozliczeniowym. Kwotę kary umownej stanowić będzie łączny procent karny wyznaczany ze wspomnianych protokołów bieżących obliczany z miesięcznej kwoty brutto za usługi za miesiąc, którego protokół dotyczy. Kwota powyższa będzie pomniejszać fakturę za dany miesiąc rozliczeniowy.

4. Naliczenie przez Zamawiającego kar umownych zostanie poprzedzone przeprowadzeniem postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu umowy. Procedura reklamacyjna zostanie przeprowadzona w następujący sposób:

1) Zamawiający nie później niż 60 minut zgłosi Wykonawcy w formie ustnej lub na e-mail zastrzeżenia co do realizacji umowy oraz wyznaczy odpowiedni termin na usunięcie usterek nie krótszy niż 60 minut.

2) Naliczenie kar umownych nastąpi po zakończeniu procedury wyjaśniającej, po potwierdzeniu winy Wykonawcy, na podstawie noty obciążeniowej.

3) W przypadku usunięcia usterek i ich skutków w terminie, o którym mowa powyżej, Zamawiającemu nie przysługuje uprawnienie do naliczenia kary umownej.

4. Zamawiający może przyznawać procenty karne za każdorazowe zawinione wystąpienie w danym miesiącu:

1) nieprawidłowości w utrzymaniu czystości polegające na czyszczeniu, dezynfekcji

powierzchni medycznych - 0,05 %,

2) niewłaściwych wyników mikrobiologicznych - 0,25 %,

3) nieprawidłowości przy wykonywaniu czynności związanych z transportem polegające na dostarczeniu materiałów do niewłaściwych oddziałów - 0,05 %,

4) nieprawidłowości w zabezpieczeniu sprzętów, środków, materiałów, mopów, odzieży roboczej, itp. niezbędnych do realizacji umowy polegające na pozostawieniu ww. sprzętów na powierzchniach ogólnodostępnych - 0,25%,

5) naruszenia powiązanych z wykonywaną usługą przepisów i procedur obowiązujących w szpitalu, niespełnianie wymogów formalnych związanych z kontrolą i nadzorem, brakiem szkoleń, itp. regulowanych umową, polegające na rażącym naruszeniu istotnych obowiązków wynikających z ww. regulacji - 0,05%,

6) niewykonanie zadań w czasie powyżej 2 godzin od umownego czasu ich wykonania, wynikające z braku pracownika na stanowisku pracy - 0,25%,

7) zaniedbania stwierdzone przez Zespół Kontroli Zakażeń Szpitalnych - 0,25%,

8) każde inne nienależyte wykonanie obowiązków umownych (w sytuacji, gdy zdarzenie uzasadniające naliczenie kary ma charakter ciągły to za jeden przypadek naruszenia będzie traktowane zdarzenie występujące w czasie 12 godzin; każde rozpoczęte 12 godzin uważa się za pełne) - 0,05%.

5. Zamawiający może dodatkowo obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości 5%

kwoty wynagrodzenia brutto za całe zamówienie w przypadku zakończenia przez Zamawiającego umowy z winy Wykonawcy, którymi są:

- 1) nie rozpoczęcie przez Wykonawcę realizacji przedmiotu umowy lub przerwanie jej kontynuowania w terminie 24 godzin od otrzymania pisemnego wezwania od Zamawiającego,
- 2) przekroczenie przez Wykonawcę 15% pułapu karnego/miesiąc przez trzy kolejne miesiące,
- 3) rażącego naruszenia istotnych postanowień umowy tj. wywołanie stwierdzonego przez SANEPID naruszenia norm sanitarnoepidemiologicznych, skutkujących zakazem działalności dla Zamawiającego.

6. W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy złożenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, oświadczenia o liczbie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, realizujących przedmiot zamówienia, według stanu na ostatni dzień miesiąca poprzedzającego miesiąc w którym składane jest oświadczenie.

7. Z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, spośród osób wskazanych w ust.7 zamawiający przewiduje sankcję w postaci obowiązku zapłaty przez wykonawcę osobnej kary umownej w wysokości: 500,00 zł (pięćset złotych) za każdy dzień utrzymywania się takiego stanu. Taka samą karę będzie też obowiązany zapłacić Wykonawca za każdy przypadek naruszenia obowiązku określonego w § 13 ust. 2.

8. W przypadku utrzymywania się stanu zaniechania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w ramach przedmiotu zamówienia przez okres

dłuższy niż 2 miesiące, Zamawiającemu - po uprzednim wezwaniu Wykonawcy - przysługuje prawo odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

W takim przypadku Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną wskazaną w ust. 6.

9. Niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żadanego przez Zamawiającego w ramach ust. 7 oświadczenia skutkować będzie sankcją w postaci obowiązku zapłaty przez Wykonawcę osobnej kary umownej w wysokości: 250 zł (dwieście pięćdziesiąt złotych) za każdy dzień zwłoki.

6) w zakresie dotyczącym terminu płatności usunięcie postanowienia § 8 ust. 9 lit. a) wzoru umowy, że:

Strony ustalają, iż w ramach prawidłowego wystawienia faktury VAT , o którym mowa w ust. 2 będzie się mieściło również jako warunek płatności przez Wykonawcę do Zamawiającego wraz z fakturą następujących dokumentów:

a) oświadczenia Wykonawcy, iż w okresie rozliczeniowym objętym przedkładaną fakturą roszczenia o wynagrodzenie za zrealizowane czynności wszystkich podmiotów uczestniczących w wykonaniu umowy na zasadach podwykonawstwa lub dalszego podwykonawstwa zostały zaspokojone,

7) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) - 6) powyżej.

Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i s.w.z. 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 zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jest aktualnym wykonawcą usługi odpowiadającej przedmiotem zamówienia niniejszemu zamówieniu. Aktualne postanowienia s.w.z. uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty, mimo że posiada wiedzę i doświadczenie w bliźniaczym zamówieniu realizowanym na rzecz zamawiającego. Z uwagi na treść s.w.z. nie może złożyć oferty. Tym samym, w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyższej wskazanych przepisów ustawy, odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości ponownego pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28.06.2022. zamawiający oświadczył, że zmodyfikował postanowienia s.w.z. dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz zapis § 11 ust. 12 wzoru umowy. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej cofnął zarzut 3, 4 i 7 odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z wymogami Rozdziału IX pkt 4 pkt 1, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że: wykonał, bądź w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również

wykonuje w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 1 usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącą przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna realizację przez okres co najmniej 12 miesięcy, na podstawie jednej umowy, usługę spełniającą łącznie następujące kryteria:

kompleksowa usługa utrzymania czystości w podmiocie leczniczym prowadzącym szpital i posiadającym w swojej strukturze bloki operacyjne i oddziały o charakterze zabiegowym, komórki wykonujące badania z zakresu patomorfologii, w których ilość zarejestrowanych łóżek wynosi > 400 i o łącznej powierzchni do utrzymania czystości > 30.000,00 m² i otrzymywanym rocznym wynagrodzeniu nie mniejszym niż 7.000.000,00 zł.

Zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 3 - 6 wzoru umowy:

3. Wykonawcy przysługuje prawo wypowiedzenia niniejszej umowy, po uprzednim pisemnym wezwaniu do uregulowania należności, w przypadku zalegania przez Zamawiającego z zapłatą za wykonaną usługę przez trzy pełne okresy płatności. Okres wypowiedzenia wynosi tu trzy miesiące na koniec miesiąca kalendarzowego.

4. Zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia umowy w całości lub w części, za uprzednim jednomiesięcznym wypowiedzeniem, w przypadku rażącego naruszenia istotnych postanowień niniejszej umowy oraz zaistnienia innych okoliczności wskazanych w § 9 ust. 4 jako podstawa kary umownej.

5. W przypadku innych niż wymienione w ust. 4 naruszeń umowy przez Wykonawcę, które mają charakter powtarzający się lub uporczywy Zamawiający będzie miał prawo rozwiązać umowę za sześciomiesięcznym okresem wypowiedzenia na koniec miesiąca kalendarzowego.

Zgodnie z postanowieniami § 9 ust. 4 i nast. wzoru umowy:

5. Podstawą do określenia wysokości kary umownej będzie miesięczna ilość procentów karnych. Personel medyczny w jednostkach medycznych oraz wyznaczeni pracownicy części administracyjnej będą odnotowywali przypadki nienależytego wykonania umowy, zgodnie z katalogiem w ust. 4, w bieżących protokołach odbioru usługi zamieszczanych przez Wykonawcę w dostępnym miejscu w każdej jednostce medycznej SPSK Nr 1 oraz w każdym budynku części administracyjnej.

6. (...)

10. Zamawiający może przyznawać procenty karne za każdorazowe wystąpienie w danym miesiącu:

9) nieprawidłowości w utrzymaniu czystości - 0,1 %,

10) niewłaściwych wyników mikrobiologicznych - 0,5 %,

11) nieprawidłowości przy wykonywaniu czynności związanych z transportem - 0,1%,

12) nieprawidłowości w zabezpieczeniu sprzętów, środków, materiałów, mopów, odzieży roboczej, itp. niezbędnych do realizacji umowy - 0,5%,

13) naruszenia powiązanych z wykonywaną usługą przepisów i procedur obowiązujących w szpitalu, niespełnianie wymogów formalnych związanych z kontrolą i nadzorem, brakiem szkoleń, itp. regulowanych umową - 0,1%,

14) niewykonanie zadań w czasie powyżej 2 godzin od umownego czasu ich wykonania, wynikające z braku pracownika na stanowisku pracy - 0,5%,

15) zaniedbania stwierdzone przez Zespół Kontroli Zakażeń Szpitalnych - 0,5%,

16) każde inne nienależyte wykonanie obowiązków umownych (w sytuacji, gdy zdarzenie uzasadniające naliczenie kary ma charakter ciągły to za jeden przypadek naruszenia będzie traktowane zdarzenie występujące w czasie 12 godzin; każde rozpoczęte 12 godzin uważa się za pełne) - 0,1%.

11. W przypadku zwłoki w uzupełnianiu braków bielizny, Zamawiający może obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości 10 % kwoty brutto za bieliznę podlegającą uzupełnieniu.

1) Wycena bielizny dokonana będzie na podstawie stawek z ostatniego zakupu realizowanego przez Szpital przed naliczeniem kary umownej, według stawek przyjęcia bielizny na stan.

2) Uzupełnienie ubytków bielizny szpitalnej po inwentaryzacjach w nieprzekraczalnym czasie 80 dni od przekazania Wykonawcy informacji ze wskazaniem ilości ubytków. Wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia ubytków wynikających z inwentaryzacji kontrolnych z zachowaniem podanych przez Zamawiającego parametrów, oznakowania i w ilości wynikającej z rozliczenia.

3) Jeżeli Wykonawca nie wywiąże się z uzupełnienia ubytków bielizny w czasie 80 dni, Zamawiający ma prawo naliczyć kary umowne, niezależnie od potrącenia kwoty za nieuzupełnione ubytki.

4) Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie należności, za nieuzupełnione w terminie 80 dni ubytki oraz na potrącenie wartości naliczonej kary z bieżących należności za wykonane usługi.

12. Zamawiający może dodatkowo obciążyć Wykonawcę karą umowną w wysokości 10 % kwoty wynagrodzenia brutto za całe zamówienie w przypadku zakończenia przez Zamawiającego umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którymi będą w szczególności:

4) nie rozpoczęcie przez Wykonawcę realizacji przedmiotu umowy lub przerwanie jej kontynuowania,

5) przekroczenie przez Wykonawcę 5% pułapu karnego/miesiąc przez trzy kolejne miesiące,

6) rażącego naruszenia istotnych postanowień umowy.

13. W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy złożenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, oświadczenia o liczbie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, realizujących przedmiot zamówienia, według stanu na ostatni dzień miesiąca poprzedzającego miesiąc w którym składane jest oświadczenie.

14. Z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, spośród osób wskazanych w ust.7 zamawiający przewiduje sankcję w postaci obowiązku zapłaty przez wykonawcę osobnej kary umownej w wysokości: 1000 zł (tysiąc złotych) za każdy dzień utrzymywania się takiego stanu. Taka samą karę będzie też obowiązany zapłacić Wykonawca za każdy przypadek naruszenia obowiązku określonego w § 13 ust. 2.

15. W przypadku utrzymywania się stanu zaniechania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w ramach przedmiotu zamówienia przez okres dłuższy niż 2 miesiące, Zamawiającemu - po uprzednim wezwaniu Wykonawcy - przysługuje prawo odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

W takim przypadku Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną wskazaną w ust.

6.

16. Niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żadanego przez Zamawiającego w ramach ust. 7 oświadczenia skutkować będzie sankcją w postaci obowiązku zapłaty przez Wykonawcę osobnej kary umownej w wysokości: 500 zł (pięćset złotych) za każdy dzień zwłoki.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty nr 3, 4 i 7 (str. 3 odwołania) podlegają umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy P.z.p., przez warunki udziału w postępowaniu należy

rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W myśl art. 57 pkt 2 ustawy P.z.p, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

Stosownie do art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Art. 112 ustawy P.z.p. wyznacza zespół wymagań, które zamawiający powinien uwzględnić każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ustalając takie wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien w ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie. W odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są każdorazowo indywidualizowane przez samego zamawiającego, z uwzględnieniem granic określonych w ustawie P.z.p. Swoboda określenia warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną określone. Art. 112 ustawy P.z.p. wymienia czynniki wyznaczające granice swobody określania warunków udziału w postępowaniu, którymi są: 1) proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oraz 2) niezbędność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także 3) referowanie do zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że odwołujący, podnosząc zarzuty wobec warunków udziału w postępowaniu, winien był zarzucić zamawiającemu ich ustalenie niezgodnie ze wskazanymi zasadami. I istotnie - odwołujący w szczególności zarzucił, że zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez: a) określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób węższy niż zasadnicze czynności stanowiące przedmiot zamówienia, b) określenie warunków w sposób nadmierny; c) określenie warunków w sposób niezasadniony potrzebami zamawiającego, podczas gdy warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalane na odpowiednim poziomie, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz powinny być związane z przedmiotem zamówienia, a nie identyczne z przedmiotem oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Odwołujący podniósł także, że warunki ukształtowane są w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, tj. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu na zbyt niskim, minimalnym poziomie zdolności w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że warunek jest nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia. W jego ocenie, zasada proporcjonalności, wyrażona w art. 16 ustawy P.z.p., została naruszona, gdyż wymagane doświadczenie dotyczy wyłącznie czynności sprzątnia, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest wykonywanie kompleksowych usług sprzątnia, dezynfekcji powierzchni Szpitala z uwzględnieniem usług pomocniczych przy pacjencie. Przywołany zakres zamówienia wynika już z nazwy postępowania. Ponadto zakres ten został w ww. sposób opis określony w opisie przedmiotu zamówienia. Usługi sprzątnia oraz usługi pomocnicze przy pacjencie stanowią podstawowy i zasadniczy zakres zamówienia. Tymczasem ww. warunek udziału w postępowaniu nie uwzględnia ww. podziału.

Pomimo faktu, iż odwołujący zarzucił zamawiającemu sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny ze wskazanymi wyżej zasadami, to - w ocenie Izby - zarzutu tego nie udowodnił. Odwołujący stoi na stanowisku, że warunek udziału w postępowaniu winien być uwzględniać okoliczność, że przedmiotem zamówienia są usługi sprzątnia i usługi pomocnicze przy pacjencie, zatem wykonawca biorący udział w postępowaniu winien wykazać się doświadczeniem w zakresie obydwu rodzajów usług. Odwołujący poparł swe stanowisko nazwą postępowania.

W tym miejscu Izba zauważa, że - po pierwsze - sama nazwa postępowania nie jest adekwatna do ustalenia, w jaki sposób powinny być ukształtowane warunki udziału w postępowaniu. Niemniej jednak - w rozpoznawanym przypadku - nazwa, na którą powołuje się odwołujący - wskazuje, iż zasadniczym przedmiotem zamówienia są usługi sprzątnia i dezynfekcji, natomiast usługi pomocnicze przy pacjencie są traktowane niejako jako towarzyszące usługom głównym. Podnoszony zatem w tym zakresie argument należy uznać za nie trafiony.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że zasadnicze znaczenie przy ocenie prawidłowości ukształtowania warunku ma nie nazwa, ale zakres postępowania. Warunek powinien zatem referować do rodzajów i zakresu zamawianych usług. Odwołujący, o ile podnosił, że warunek udziału w postępowaniu powinien uwzględniać zarówno usługi sprzątnia, jak i usługi pomocnicze, winien był wykazać, że zakres tych drugich jest na tyle istotny i stanowi tak dużą część przedmiotu zamówienia, że jego uwzględnienie w warunku jest konieczne. Izba wskazuje, że to na odwołującym, jako podmiocie wywodzącym korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., ciążył obowiązek wykazania, że zakres usług pomocniczych wymaga uwzględnienia ich w warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wskazał na konkretne zapisy opisu przedmiotu zamówienia, nie przedstawił również żadnej analizy w zakresie tego, jak wygląda wzajemna relacja pomiędzy zakresem usług sprzątnia a usług pomocniczych. Zawarta w odwołaniu lakoniczna informacja, że usługi sprzątnia oraz usługi pomocnicze przy pacjencie stanowią podstawowy i zasadniczy zakres zamówienia, jest zbyt ogólna, by na jej podstawie uznać zasadność zarzutu.

Podobnie, jeśli chodzi o zarzut dotyczący ustalenia w warunku na poziomie zbyt niskim, co w ocenie odwołującego - może prowadzić do sytuacji, w której ogólny warunek będą spełniać wykonawcy, którzy nie mają praktycznego doświadczenia niezbędnego do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący oparł swą argumentację na stanowisku, iż jedynie ci wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie w zakresie sprzątnia i usług pomocniczych, będą w stanie wykonać zamówienie w sposób należyty. Odwołujący stwierdził ponadto, że wartość wykonanych usług powinna być wyższa niż ustalona przez zamawiającego.

Odnosnie argumentu, iż warunek winien obejmować usługi sprzątnia i usługi pomocnicze, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wyżej. Jeśli chodzi natomiast o wymóg w zakresie wartości wykonanych usług, Izba wskazuje, że również w tym przypadku odwołujący nie uzasadnił i nie udowodnił, dlaczego wartość wskazana przez niego (11 mln zł) gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. W tym zakresie odwołujący nie przedstawił żadnych kalkulacji, nie odniósł proponowanej wartości do wartości przedmiotu zamówienia, opierając się wyłącznie na słownych stwierdzeniach.

Tym samym zarzuty dotyczące sformułowanego przez zamawiającego warunku zamówienia Izba uznała za niezasadne.

Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 8, art. 431 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron

do wypowiedzenia umowy, tj. poprzez :

a) zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia zamawiającego do rozwiązania umowy z dowolnego powodu z zachowaniem 6-cio miesięcznego okresu wypowiedzenia

podczas, gdy wykonawca może wypowiedzieć umowę z ważnego powodu z zachowaniem de facto 6-cio miesięcznego okresu wypowiedzenia;

b) zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia do rozwiązania umowy z dowolnego powodu wyłącznie dla zamawiającego, podczas gdy wykonawca na mocy umowy jest

uprawniony do wypowiedzenia umowy wyłącznie z ważnego powodu.

Odwołujący uzasadnił podniesiony zarzut dysproporcją w zakresie uprawnień stron co do wypowiedzenia umowy.

W tym miejscu wskazać należy, że ograniczenie wolności ułożenia stosunku prawnego wedle uznania stron polega jedynie na tym, że jego treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości zobowiązania, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07).

Izba wskazuje, że zgodnie z art 353¹ K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

Podkreślić należy, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za *sui generis* umowy adhezyjne (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2016 roku sygn. akt: XXIII Ga 924/14 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt II CSK 197/15).. Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoim rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. Podobnie w przypadku umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego - w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zawrzeć wszystkie istotne warunki przyszłej umowy. Zamawiający może wręcz załączyć do specyfikacji wzór (projekt) przyszłej umowy lub ogólne warunki umowy, jeżeli zamierza na takich warunkach zawrzeć umowę. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 k.c.). Zasada równości, na którą powołuje się Skarżący nabiera na gruncie prawa zamówień publicznych zupełnie innego znaczenia. W myśl art. 7 PZP Zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Powołany przez Skarżącego art. 7 PZP stanowić ma w założeniu swojego rodzaju barierę przed nadużyciami ze strony Zamawiającego i wyraża dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Także w samym postępowaniu zmierzającym do wyłonienia wykonawcy musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Nie sposób przyjąć, że ustalenie istotnych warunków zamówienia następuje w sposób dowolny w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego. Jednakże zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. Zastosowane przez

Zamawiającego kryteria spełniają warunek niedyskryminacji jeżeli są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.

Z powyższego wynika, że odwołujący nie może domagać się zmian w projekcie umowy w zakresie ustalenia jednakowych uprawnień do wypowiedzenia umowy, powołując się jedynie na brak równowagi kontraktowej. Tym samym zarzut należało uznać za nieuzasadniony.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 ustawy P.z.p. w zw. z art. 5 i art. 353(1) w zw. z art. 473 § 1 w zw. z art. 483 w zw. z art. 484 § 2 K.c. poprzez określenie w treści s.w.z. - projekcie umowy - kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie wartościowym nieadekwatnym do okoliczności oraz na poziomie wartościowym nieadekwatnym do wartości zamówienia.

Izba podtrzymuje w pełni stanowisko wyrażone wyżej, przy rozpoznawaniu zarzutu dotyczącego niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy.

Dodatkowo Izba wskazuje, że nie ma przeszkód prawnych, aby wykonawca, na podstawie art. 473 § 1 K.c. przyjął w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu okoliczności niezawinionych. Możliwość rozszerzenia (zaostrzenia) zakresu odpowiedzialności wykonawcy jest nieograniczona, ponieważ art. 473 § 1 K.c. w tym zakresie nie określa żadnych granic. Strony w umowie mogą więc przyjąć odpowiedzialność dłużnika niezależnie od winy (na zasadzie ryzyka) lub nawet przyjąć odpowiedzialność za siłę wyższą, za którą na podstawie ustawy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Za dopuszczalną należy uznać także możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać zamawiającemu, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy będzie następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie wykonawcy.

Izba wskazuje ponadto, że przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich nawet dotkliwymi karami umownym, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353[1] k.c. (por. wyrok z dnia 31 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1706/13).

Wskazując na powyższe, Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany postanowień umownych w tym zakresie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

wzrost odpowiednio cen lub kosztów, gdy ustalony wskaźnik inflacji wyniesie powyżej

0,0 %,

Zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia umowy za trzymiesięcznym wypowiedzeniem w sytuacji, gdy według dotychczasowego wykonania ma dojść do wcześniejszego wyczerpania (tj. w ciągu najbliższych trzech miesięcy) kwoty umownej określonej w ofercie Wykonawcy za całość zamówienia.