

Łódź, dnia 2 sierpnia 2021 roku

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

Zamawiający: **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkanie**
z siedzibą w Wyszkanie
ul. Komisji Edukacji Narodowej 1
07-200 Wyszaków
KRS: 0000016810
Tel.: +48 (29) 743 76 76
FAX: +48 (29) 743 76 05
E-mail: zp@szpitalwyszkow.pl
www.szpitalwyszkow.pl

Odwołujący: **JOL-MARK Sp. z o. o.**
z siedzibą w Gliwicach
ul. Portowa 16G 44-100 Gliwice
KRS: 0000654522
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowana przez pracownika – Ludwikę Mospinek
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego klasycznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Całodobowe świadczenie usług w zakresie żywienia pacjentów w okresie 36 miesięcy w SPZZOZ w Wyszkanie wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchennych i pomocniczych oraz wyposażeniem”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2021 roku pod numerem: 2021/S 141-374443, numer referencyjny: DEZ/Z/341/ZP-13/2021.

ODWOŁANIE

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

I. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. na projektowane postanowienia umowy.

II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 436 pkt 4 lit. b P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 5 K.c.** poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do 1%

wartości umowy, co jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy;

2. **art. 439 ust. 1 i 2 pkt lit. a-b P.z.p.** poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i określenie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia z użyciem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej jako miernika wartości, w sytuacji gdy koszt wynagrodzeń nie stanowi przy usłudze żywienia głównego kosztu;
3. **art. 436 pkt 3 P.z.p. w zw. art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c.** poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę, rażąco wygórowanej kary umownej za każde stwierdzone niezgodne z umową wykonanie zamówienia oraz zastrzeżenie kary umownej w wysokości nieokreślonej sumy;
4. **art. 433 pkt 4 P.z.p. w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ K.c.** przez przez określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50% co jest wartością rażąco zaniżoną, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia oraz wobec nieokreślenia precyzyjnych warunków zmiany umowy.

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany załącznika nr 12 do SWZ (wzór umowy) poprzez:

1. zmianę w § 6 ust. 2 lit. c poprzez zmianę wartości „1%” na „30%”;
2. zmianę w § 6 ust. 2 lit. a poprzez nadanie mu brzmienia: „miernikiem zmiany ceny będzie średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;
3. zmianę w § 4 ust. 2 wartości „50%” na „20%”;
4. zmianę w § 4 ust. 3 pkt 1 i 2 poprzez zmianę sformułowania „w wysokości 20% wartości brutto niezrealizowanej części umowy” na „10% wartości umowy określonej w § 3 ust. 1”;
5. zmianę w § 4 ust. 3 pkt 3 zmianę wartości „20%” na „1.000,00 złotych”;
6. zmianę w § 2 ust. 5 wartości „50%” na „80%” oraz określenie precyzyjnych warunków zmiany umowy.

IV. oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy P.z.p.

Uzasadnienie

W dniu 23 lipca 2021 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Całodobowe świadczenie usług w zakresie żywienia pacjentów w okresie 36 miesięcy w SPZZOZ w Wyszku wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchennych i pomocniczych oraz wyposażeniem”.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

W § 6 ust. 1 pkt 10-12 załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie wykonawcy może ulec zmianie w przypadku:

1. zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę;
2. zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – uprawniające Strony do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
3. zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342).

Z kolei w § 6 ust. 2 lit. c załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający zastrzegł, że „maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszej umowie, nie może przekroczyć kumulatywnie 1% wartości umowy wskazanej w § 3 ust. 1 umowy.”

Powyższe postanowienie SWZ jest niezgodne z art. 439 P.z.p.

Ograniczenie zakresu zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy do 1% wartości umowy powoduje, że przewidziana w projekcie umowy waloryzacja ma charakter symboliczny i jedynie pozornie zabezpiecza wykonawcę przed skutkami:

1. zmiany wysokości wynagrodzenia minimalnego za pracę lub minimalnej stawki godzinowej;
2. zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – uprawniające Strony do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
3. zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342).

Umowa zostanie zawarta na 36 miesięcy. W tym okresie mogą wystąpić liczne opisane powyżej zmiany. Zwłaszcza zmiana wysokości wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej może znacznie wpływać na koszty realizacji zamówienia i powodować utratę rentowności realizowanej przez wykonawcę usługi.

Celem wprowadzenia art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) oraz art. 436 pkt 4 lit. b obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych było zapewnienie wykonawcy, że zmiana wynagrodzenia będzie miała charakter automatyczny i odpowiedni w stosunku do zmiany okoliczności wskazanych w tym przepisie.

Projektowane postanowienie umowne powoduje, że cel przepisu nie zostanie zachowany, bowiem waloryzacja będzie miała charakter symboliczny. Poprzez symboliczne określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, zmiana wysokości wynagrodzenia nie będzie odpowiednia w stosunku do wpływu, jaki zmiana okoliczności będzie miała na koszty realizacji zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W § 6 ust. 2 załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający określił wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokość minimalnej stawki godzinowej jako miernik zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Zgodnie z art 439. ust. 1 Pzp:

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

2. W umowie określa się:

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

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

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

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

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

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

Zamawiający zaniechał określenia we wzorze umowy sposobu zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy według wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zamawiający wskazał, że miernikiem zmiany wynagrodzenia będzie wysokość wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej.

Koszty wynagrodzeń pracowników nie stanowią głównego kosztu realizacji usługi żywienia. Głównym kosztem przy tej usłudze są koszty produktów spożywczych (tzw. wsad do kotła), użytych do produkcji posiłków dla pacjentów Zamawiającego.

Zamawiający zastosował zatem miernik, który ma mniejsze znaczenie dla wykonawców, a jednocześnie określił maksymalną wartość łącznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy do 1% wartości umowy.

Tym samym Zamawiający w sposób pozorny zastosował się do treści art. 439 ust. 1 i 2 P.z.p.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Ponadto, w Załączniku nr 12 do SWZ – wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający umieścił postanowienie § 4 w brzmieniu następującym:

„ 1. Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego usuwania stwierdzonych przypadków uchybień.

2. Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć wartości 50% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1.

3. Zamawiający ma prawo do żądania kar umownych od Wykonawcy:

1) za odstąpienie od niezrealizowanej części umowy lub rozwiązanie umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy- w wysokości 20% wartości brutto niezrealizowanej części umowy,

2) za odstąpienie od niezrealizowanej części umowy przez Wykonawcę - w wysokości 20% wartości brutto niezrealizowanej części umowy,

3) za każde stwierdzone niezgodne z umową wykonanie zamówienia w szczególności m.in. nieodpowiednia temperatura posiłku, brak zgodności posiłku z zamówioną dietą, nieodpowiednia wielkość posiłku - w wysokości 20% wartości brutto faktury za poprzedni miesiąc,

4) za wydanie posiłków innym osobom niż pacjenci, wydanie posiłku z opóźnieniem z przyczyn zależnych od Wykonawcy (opóźnienie powyżej 15 minut) - w wysokości 100 zł za każdy posiłek.

5) za nierozpatrzenie reklamacji w terminie, określonym w § 5 ust. 3 i ust. 4 - w wysokości 100 zł brutto za każdy przypadek.

6) W przypadku nieprzedstawienia dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 11 – w wysokości 100 zł brutto dziennie za każdy dokument.

7) w przypadku zwłoki w dostarczeniu aktualnego ubezpieczenia oc wraz z potwierdzeniem zapłaty składki – 1000 zł brutto dziennie za każdy dzień opóźnienia.

8) *W przypadku zwłoki w dostarczeniu dokumentów o którym mowa w § 2 ust. 11 – 100 zł brutto dziennie za każdy dzień opóźnienia.*

4. *Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie zapłacić wszelkie kary z tytułu nieprzestrzegania przepisów higieniczno – sanitarnych, zaleceń właściwej Stacji Sanitarно-Epidemiologicznej, BHP i innych, nałożonych przez uprawnione służby kontroli i nadzoru w zakresie odpowiedzialności wynikającej z realizacji niniejszej umowy.*

5. *Zamawiający ma prawo dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach określonych w Kodeksie Cywilnym, jeżeli szkoda przekracza wysokość kar umownych.*

6. *Okoliczność, że Zamawiający nie poniósł szkody wskutek opóźnień Wykonawcy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku zapłaty zastrzeżonych kar umownych.”*

Mając na uwadze, że przedmiotowe zamówienie polega na żywieniu setek pacjentów Zamawiającego dziennie, rażąco wysoka jest kara umowna zastrzeżona w § 4 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy.

Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 4 ust. 3 wzoru umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany. Relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje bowiem zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego pozwoli mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

Kara umowna w wysokości 20% wartości wynagrodzenia za miesiąc poprzedni – za każde stwierdzone niezgodne z umową wykonanie zamówienia, w szczególności za nieodpowiednią temperaturę posiłku, brak zgodności posiłku z zamówioną dietą oraz nieodpowiednią wielkość posiłku – jest rażąco wygórowana. W przypadku każdego, jednorazowego uchybienia Zamawiający obciąży zatem wykonawcę karą umowną w wysokości 1/5 wartości wynagrodzenia za miesiąc poprzedni. Tak zastrzeżona kara umowna prowadzić będzie do pozbawienia wykonawcy należnego wynagrodzenia za wykonaną usługę, co narusza zasadę odpłatności

zamówień publicznych. Postanowienie umowne jest niezależne od tego, czy zamówienie w danym miesiącu zostanie wykonane w znacznej części prawidłowo.

Ponadto podkreślenie wymaga, że zastrzeżenie kary umownej w wysokości 20% wartości miesięcznego wynagrodzenia, w sytuacji gdy nie jest znana wysokość tego wynagrodzenia, jest nieważne jako niezgodne z art. 483 § 1 K.c. Skoro kara umowna ma być zastrzeżona w określonej kwocie, to odwołanie do wielkości przyszłego miesięcznego wynagrodzenia (w sytuacji gdy wielkość zamówienia jest nieznana), stoi w sprzeczności z art. 483 § 1 K.c.

Ten sam zarzut dotyczy również kar umownych zastrzeżonych w § 4 ust. 3 pkt 1 i 2 załącznika nr 12 do SWZ. W chwili zastrzegania nie jest znana wysokość kary umownej, bowiem musi zostać ona dopiero wyliczona.

Zastrzeżenie kary umownej zakładającej ustalanie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej jest niezgodne z art. 483 § 1 K.c., bowiem stanowiłoby inną czynność prawną (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2007 r., I CSK 420/06, opubl. w LEX nr 274239). Tezę tę powtórzono również w późniejszym orzecznictwie. I tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2019 r., I CSK 280/18 (opubl. w Orzecznictwo Sądów Polskich z 2020 nr 11 poz. 88) stwierdził, że: „*Przyjęcie konstrukcji prawnej zakładającej ustalanie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej nie byłoby zgodne z art. 483 § 1 k.c. i stanowiłoby inną czynność prawną. Innymi słowy, jeżeli strony nie wskazały wprost wysokości kary umownej, to w umowie musi zostać określona w jednoznaczny sposób podstawa do finalnego określenia tej wysokości, możliwa do obliczenia w momencie zawarcia umowy. Istotne jest, aby zarówno strony umowy, jak i następnie sąd rozpoznający sprawę byli w stanie obliczyć wysokość kary umownej. Oznacza to, że kara umowna powinna być możliwa do wyliczenia już w momencie zawarcia umowy, a jej wysokość nie powinna wymagać dowodzenia - może to dotyczyć całej kary umownej, jak i kary umownej za jednostkę czasu w wypadku zwłoki w spełnieniu świadczenia (np. za dzień). Takim sposobem, bardzo często spotykanym w praktyce, jest procentowe odwołanie do wartości świadczenia albo wynagrodzenia (ceny), przy czym nie ma problemu, jeżeli wynagrodzenie jest określone stałą kwotą (np. ryczałt w umowie o roboty budowlane). Nie jest natomiast możliwe zastrzeżenie kary umownej odnoszące się do wynagrodzenia kosztorysowego, jako że nie jest możliwe ustalenie jej wysokości w dacie zawarcia umowy, jak również w trakcie trwania robót, np. z powodu odstąpienia od umowy.*”

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia i modyfikacji zastrzeżonej we wzorze umowy łącznej wysokości kar umownych oraz poszczególnych kar umownych – w sposób określony w *petitum* odwołania.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

W § 2 ust. 5 załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w wysokości 50% wartości umowy.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp:

„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.”

Należy podnieść, że komentowany przepis nie daje Zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego w postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50 % wartości umowy i ograniczenia, w ten sposób, roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”) w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy.

Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagle 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.

Wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50%, stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu przez Zamawiającego przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego.

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu modyfikacji umowy, poprzez zwiększenie minimalnego progu wykonania umowy do wysokości 80 % oraz precyzyjne określenie warunków zmiany .

W załączeniu:

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