

Łódź, dnia 26 kwietnia 2024 roku

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

Zamawiający: Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica
ul. Rydygiera Ludwika 1, 64-920 Piła
NIP: 7642088098 KRS: 0000008246
e-mail: klaudia.klejc@szpital.pila.pl
tel. 642106207
www. szpitalpila.pl

Odwołujący: Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź
KRS: 0000510909; NIP: 9452179410
tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowana przez pracownika – Żaklina Pasternak
adres do doręczeń taki jak Odwołującego

Dotyczy: postępowania na usługi prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej progów unijnych pn: tj. *"Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracji, utrzymania terenów zielonych, transport wewnętrzny, współdziałanie z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami oraz najem pomieszczeń służących realizacji usługi."* ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 kwietnia 2024 roku pod numerem 224085-2024, numer wydania Dz. U. S: 75/2024, numer referencyjny: FZP.III-241/32/24

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Naprzód Hospital sp. z o. o. na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U 2019 poz. 2019 ze zm. - zwana dalej „Pzp”) niniejszym:

I. wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.

1. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert;
2. zaniechanie określenia w załączniku nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) projekcie umowy minimalnego progu wykonania Umowy – minimalnego świadczenia Wykonawcy zgodnie z treścią art. 433 pkt 4) Pzp;
3. ograniczenie w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, 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, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. Poz. 1079) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (art. 436 pkt 4 lit b) Pzp) oraz zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
4. zaniechanie określenia w w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy kwoty jaką Wykonawca będzie musiał uiścić za zużyte media tym samym uzależniając wartość opłaty za media od konieczności przedstawienia liczby pracowników zatrudnianych przy wykonywaniu umowy oraz liczby i rodzaju sprzętu używanego do wykonania umowy, co powoduje, że Zamawiający będzie jednostronnie kształtował wysokość świadczenia Wykonawcy tytułem kosztów za media, co stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu – Zamawiającego;
5. zastrzeżenie w w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych jaką może naliczyć Zamawiający Wykonawcy;

II. zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 241 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp w zw. z w zw. art. 16 pkt 1 Pzp poprzez określenie kryterium pozacenowego (jakościowego) o wartości 40% w postaci ilości maszyn szorująco-zbierających przeznaczonych do realizacji usługi o wadze 40 % ocenianego na podstawie deklaracji Wykonawcy w Formularzu jako stanowiące obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne i pozostawia zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie określenia w załączniku nr 4 do SWZ – projekcie umowy minimalnego progu wykonania umowy pomimo możliwości jednostronnego zmniejszenia zakresu świadczenia Wykonawcy przez Zamawiającego, 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;

3. art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp w zw. z art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez ograniczenie w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, 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, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. Poz. 1079) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (art. 436 pkt 4 lit b) Pzp) oraz zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (art. 439 ust. 1 Pzp) do wysokości 10% wynagrodzenia w ujęciu brutto z § 9 ust. 1, co jest wartością rażąco oraz stanowi nieuprawnione (niezgodne z prawem) ograniczenie waloryzacji na podstawie art. 436 pkt 4) lit b) Pzp oraz art. 439 ust. 1 Pzp.

4. 431 Pzp w zw. z art. 436 pkt 2) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w zw z art. 8 Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 353¹ k. c. poprzez zaniechanie określenia w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy kwoty jaką Wykonawca będzie musiał uiścić za zużyte media tym samym uzależniając wartość opłaty za media od konieczności przedstawienia liczby pracowników zatrudnianych przy wykonywaniu umowy oraz liczby i rodzaju sprzętu używanego do wykonania umowy, co powoduje, że Zamawiający będzie jednostronnie kształtował wysokość świadczenia Wykonawcy tytułem kosztów za media, co stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu – Zamawiającego.

5. art. 436 pkt 3) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp. w zw. art. 8 ust. 1 Pz.p. w zw. z art. 7 pkt 32 Pzp. 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 zawarcie w załączniku nr 4 do SWZ - Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy, w wysokości 50%, która to wartość już w momencie zawarcia umowy będzie

rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy znacznej części wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności, ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia.

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

w zakresie zarzutu nr 1:

- a. określenie w dokumentach zamówienia kryterium pozacenowego (jakościowego), którego sposób oceny będzie dokonywany w sposób jednoznaczny i zrozumiały i niepozostawiający Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty

proponujemy zamiast kryterium ILOŚĆ MASZYN SZORUJĄCO – ZBIERAJĄCYCH przeznaczonych do realizacji usługi – 40 punktów wprowadzenie do dokumentów zamówienia następującego Kryterium: Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny w zakresie świadczenia usług utrzymania czystości ze specjalnością dotyczącą szpitali – 40% - 40 Punktów

sposób oceny:

„Certyfikat Gwarant czystości i Higieny w zakresie świadczenia usług utrzymania czystości ze specjalnością dotyczącą szpitali – 40 pkt

- załączenie dokumentu do oferty - 40 pkt

- brak certyfikatu w ofercie – 0 pkt”

w zakresie zarzutu nr 2:

wprowadzenie do załącznika nr 4 do SWZ - projektu umowy zapisu dotyczącego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron

proponujemy nadanie ust. 14 § 9 załącznika nr 4 do SWZ - Projektu umowy następującej treści: *"14. W przypadku zmiany polegającej na ograniczeniu w danym miesiącu umówionego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia wynagrodzenie, o którym mowa w niniejszym paragrafie ulegnie obniżeniu o kwotę wynikającą z przemnożenia właściwej, zryczałtowanej jednostkowej ceny usługi, oraz faktycznej ilości powierzchni oraz/lub łóżek zmniejszonej do wykonania usługi. Minimalna gwarantowana wielkość zamówienia wynosi 90% wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w §9 ust. 1 projektu umowy"*

w zakresie zarzutu nr 3:

wykreślenie treści § 9 ust. 17 załącznika nr 4 do SWZ – projektu umowy.

w zakresie zarzutu nr 4:

wykreślenie zapisu §9 ust. 20 załącznika nr 4 do SWZ - projektu Umowy i określenie w projekcie umowy ryczałtowej kwoty jaką Wykonawca będzie musiał ponieść w związku z kosztami zużycia energii elektrycznej oraz innych mediów.

w zakresie zarzutu nr 5:

zmianę § 12 ust. 15 załącznika nr 4 do SWZ - wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *"Łączna wysokość kar umownych, których zapłaty może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy nie może przekroczyć 20% wartości brutto umowy"*.

IV. wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od wniesionego odwołania.

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

UZASADNIENIE

W dniu 16 kwietnia 2024 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej progów unijnych pn. „Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracji, utrzymania terenów zielonych, transport wewnętrzny, współdziałanie z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami oraz najem pomieszczeń służących realizacji usługi "

W związku z faktem, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 kwietnia 2024 r. odwołujący dotrzymał terminu na wniesienie odwołania.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

W rozdziale III – Informacje o przebiegu postępowania ust. 4 - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT Zamawiający zastrzegł, że jednym kryteriów oceny ofert będzie - ILOŚĆ MASZYN SZORUJĄCO – ZBIERAJĄCYCH przeznaczonych do realizacji usługi – 40 punktów.

Zamawiający wskazał, że dokona oceny według deklaracji Wykonawcy złożonej w formularzu ofertowym.

Opisane powyżej kryterium nie jest kryterium jakościowym, bowiem nie odnosi się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników.

Sposób oceny ofert w zakresie kryterium nie przewiduje żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie w tym przedmiocie. Jak zaznaczono w przedmiotowym fragmencie SWZ, Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone w Formularzu oferty.

W doktrynie słusznie podkreśla się, że wykonawcy powinni mieć pełną świadomość, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tylko bowiem wówczas będą mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Z tych też względów Zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach (tak: D. Grześkowiak-Stojek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91., pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis). Jak trafnie zauważa J. Pieróg: *"Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych."* (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis). Kryteria oceny ofert oraz sposób ich tworzenia i oceny ofert na ich podstawie mają zasadnicze znaczenie dla systemu zamówień publicznych, bowiem to w oparciu o nie zamawiający decyduje komu udzieli zamówienia. Z tych względów zamawiający musi odpowiednio wcześniej przemyśleć i wskazać wszystkie kryteria, które uważa za istotne, a które powinny spowodować, że wybierze właściwą ofertę (M. Meducki, ZPDORADCA 2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Podkreślenia wymaga, że istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów pzp powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1 pzp (aktualnie art. 16 pkt 1) pzp), stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. Konieczność weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny ofert w momencie ich składania stanowi warunek *sine qua non* równego traktowania wykonawców a zatem kryteria te nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy niesprawdzalnych na tym etapie zobowiązań. Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert to *de facto* nie jest to w ogóle

kryterium oceny ofert. W wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 35/21 Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, że:

*„Podzielając powyższe poglądy sąd okręgowy stoi na **kategorycznym** stanowisku, wyrażonym już z resztą w wyroku wydanym przez tut. sąd w innym składzie, iż **obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie** (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).”* Odwołujący zgadza się w pełni ze słusznym stanowiskiem Sądu, wyrażonym w powyższym wyroku oraz w przytoczonym w jego treści wyrokiem tego samego Sądu z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20.

Powyższe potwierdziła również KIO w wyroku z dnia 7 listopada 2022 r. o sygn. akt: KIO 2807/22, która w pełni podzieliła stanowisko prezentowane przez Sąd Okręgowy i Odwołującego.

Brzmienie art. 91 ust. 2d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, obecnie znajdujące się w art. 240 ust. 2 P.z.p z 2019 r., w definitywny sposób bowiem zobowiązuje zamawiających do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, których spełnienie przez ofertę wykonawcy da się obiektywnie zweryfikować jeszcze przed przyznaniem jej stosownej liczby punktów. Warto przy tym podkreślić, że Sąd Okręgowy w Warszawie, który wydał wyżej przytoczone wyroki, stanowi instancję odwoławczą w stosunku do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 580 ust. 1 P.z.p. W konsekwencji, stwierdzić należy, że ukształtowała się linia orzecznicza, która potwierdza stanowisko Odwołującego, co przesądza o zasadności odwołania.

W dyrektywie klasycznej (dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych) w motywie 92 wskazano, co następuje: *Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Odpowiada temu treść art. 67 ust. 4 w/w dyrektywy: Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.* Jak zatem widać, prawodawca europejski wskazał wyraźnie, że państwa członkowskie powinny tak implementować dyrektywę, aby skutecznie zweryfikować deklaracje ofertowe w zakresie kryteriów jakościowych.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastrzeżone kryterium jest

nieweryfikowalne na etapie oceny ofert.

Uzasadnienie żądania dot. kryterium pozacenowego (jakościowego)

Odwołujący wskazuje, że propozycja wprowadzenia kryterium „Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny w zakresie świadczenia usług utrzymania czystości ze specjalnością dotyczącą szpitali – 40% - 40 Punktów” znajdująca się w pkt III petitum zbieżna jest z dobrymi praktykami w zakresie usług utrzymania czystości znajdującymi się na stronie Urzędu Zamówień Publicznych.

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/forum-praktyk-branzowych/uslugi-naprawcze-i-konserwacyjne> (dostęp na dzień: 26.04.2024)

Uzyskany certyfikat gwaranta czystości świadczy o tym, że dany wykonawca działa zgodnie z międzynarodowymi standardami jakości i bezpieczeństwa w usługach utrzymania czystości. Wprowadzenie takiego kryterium daje Szpitalowi gwarancje, że Wykonawca jest wiarygodny i wykonuje usługę na najwyższym poziomie.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W § 9 ust. 13 i ust 14 załącznika nr 4 do SWZ - projektu umowy Zamawiający zastrzegł:

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

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

Powyższy zapis umowny przewiduje jednostronne ograniczenie świadczenia Wykonawcy przez Zamawiającego.

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.”

Mając na względzie powyższe Zamawiający naruszył treść art. 433 pkt 4 Pzp nie wskazując minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Wykonawcy o jakie może Zamawiający ograniczyć zamówienie w trakcie jego wykonywania.

Zamawiający winien wskazać minimalny próg wykonania tej Umowy.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

W ust. 17 § 9 załącznika nr 4 do SWZ - istotne projekcie umowy - Zamawiający zastrzegł:

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

W ocenie Odwołującego ograniczenie prawa do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja) jedynie o 10% wysokości wynagrodzenia w ujęciu brutto, o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy.

Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w wysokości 10 % wynagrodzenia w ujęciu brutto, jest wartością rażąco zaniżoną oraz stanowi nieuprawnione (niezgodne z prawem) ograniczenie waloryzacji na podstawie art. 436 pkt 4) lit b) Pzp.

W ocenie Odwołującego wyżej wskazanymi zapisami Zamawiający ograniczył Wykonawcy ustawowe prawo do waloryzacji wynagrodzenia.

W przypadku waloryzacji określonej w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp Odwołujący wskazują, że literalne brzmienie przepisu nie pozwala na umowne ograniczenie waloryzacji, która wynika z przepisów ustawowych. Przepis art. 436 pkt 4 b) ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, iż Zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby w projekcie umowy dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń jego zastosowania. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony do decydowania o wysokości zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych.

Jak wskazuje się Komentarzu do Prawa zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza: *„Odpowiednik omawianego przepisu funkcjonował także na gruncie Pzp2004. Zasadniczym celem jego wprowadzenia jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. W oparciu o zawarte w treści umowy klauzule waloryzacyjne dokonywana będzie korekta*

wynagrodzenia przysługującego wykonawcy w sytuacji. Zmiana wynagrodzenia wykonawcy powinna być adekwatna do zmiany czynników, w nawiązaniu do których określił swoje wynagrodzenie, ma ona wynikać wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, **a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.** Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia.” Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 marca 2015 r., KIO 346/15 (opubl. w LEX 1661956) na gruncie art. 142 ust. 5 d. Pzp.

Odnośnie waloryzacji kosztowej w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów określonej w art. 439 Pzp Wykonawca nie ma wpływu na wahania cen na rynku a ograniczenie waloryzacji w tak dużym stopniu obciąża wykonawcę nadmiernym ryzykiem błędnego (zbyt niskiego) skalkulowania wysokości zakupu surowcowego. W przypadku postępowania przetargowego na usługi mówimy tutaj o codziennym koszcie ponoszonym przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego. Restrykcyjne zakresy i ograniczenia wskazane przez Zamawiającego dot. stosowania art. 439 ust. 2 ustawy Pzp są elementem współdziałania w realizacji zamówienia i naruszają również art. 431 ustawy Pzp mówiący o współdziałaniu stron umowy przy wykonywaniu zamówienia. Ustawodawca dał jasny sygnał, że niedopuszczalne jest obarczanie wykonawców wszystkimi ryzykami realizacji danego zamówienia i zostali wyraźnie zobowiązani do przestrzegania zasady proporcjonalności. W ramach prac legislacyjnych wyraźnie wskazano, że wprowadzone ograniczenia nie mają na celu „*uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców*”.

Wielokrotnie wskazywano również, że przepisy tej ustawy mają przede wszystkim na celu wprowadzenie regulacji, która będzie zmierzała do lepszego wyważenia interesów stron umowy o zamówienie publiczne. Narzędziami, które miały temu służyć, są postanowienia dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności przepis określający obowiązkowe klauzule umowne, przepis art. 433 Pzp, wprowadzający do Pzp klauzule niedozwolone, czy art. 439 Pzp, dotyczący obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 Pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca wszystkie ryzyka na wykonawców, gdyż to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty.

Jak wskazuje się w doktrynie: „*Art. 439 ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych*

(zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp mierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych, będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia”.

Prawo do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja), przy czym jedynie o 10% wynagrodzenia brutto jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

Zamawiający w § 9 ust. 20 projekt umowy zastrzegł:

„20. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu przed zawarciem umowy liczbę pracowników zatrudnianych przy wykonaniu umowy oraz liczbę i rodzaj sprzętu używanego do wykonania umowy. Na podstawie przedłożonych danych Zamawiający wyliczy szacunkowe koszty zużywanej przez Wykonawcę energii elektrycznej oraz innych mediów, a następnie obciąży Wykonawcę ryczałtowymi kosztami zużytych mediów w kwociezł miesięcznie płatnych z góry do dnia 15 danego miesiąca.”

W ocenie Odwołującego wyżej wskazany zapis projektowanych postanowień umownych powoduje, że Zamawiający będzie jednostronnie kształtował wysokość świadczenia Wykonawcy tytułem kosztów za media, co stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu – Zamawiającego i narusza zasadę swobody umów.

Przyznana stronom stosunków zobowiązaniowych swoboda umów nie ma charakteru absolutnego. Doznaje ona bowiem pewnych ograniczeń określonych przez odwołanie się do właściwości (natury) stosunku prawnego, ustawy, celu i zasad współżycia społecznego (tak. W: M. Kaliński [w:] A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, Zobowiązania..., s. 154, 155; wyrok SN z 6.11.2002 r., I CKN 1144/00, Mon. Praw. 2004/5, s. 233; wyrok SA w Białymstoku z 13.11.2015 r., I ACa 596/15, LEX nr 1932019.)

W ocenie Odwołującego takie jednostronne uprawnienie do określenia wysokości świadczenia przez Zamawiającego narusza równowagę kontraktową i może prowadzić do znacznych nadużyć ze strony Zamawiającego.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę na to, że Zamawiający zna kwotę za media, ponieważ obciąża nią obecnego Wykonawcę świadczącego usługę. Jest mu ona znana na chwilę prowadzenia obecnego postępowania o udzielenie zamówienia i powinien zawrzeć ją w umowie.

Dodatkowo warte zauważenia jest, że zgodnie z art. 436 pkt 2) Pzp: „*Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: [...] 2) warunki zapłaty wynagrodzenia;*”

De facto nie wiadomo jakie będzie realne wynagrodzenie z tego zamówienia, bo będzie od niego odliczona nieznana na chwilę obecną wartość zużytych mediów, wobec czego potencjalny Wykonawca tak naprawdę nie wie jak ma skalkulować ofertę.

Uzasadnienie zarzutu nr 5

Zgodnie z art. 436 pkt 3 Pzp, Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Jak wskazuje się w doktrynie „*ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 pkt 3 Pzp. Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, ustalając maksymalną wysokość kar umownych, zamawiający powinien pamiętać, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.*” (patrz: Komentarz do Prawa zamówień publicznych, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza).

W konsekwencji powyższego, konieczne jest określenie górnego pułapu kar, jakich zapłaty od wykonawcy może się domagać Zamawiający. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający, powinien uwzględniać fakt, że zgodnie z art. 7 pkt 32 Pzp umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest umową odpłatną.

Tym samym limit kar umownych ma dla potencjalnego wykonawcy ogromne znaczenie gwarancyjne. Określenie łącznego górnego limitu kar umownych w wysokości 50 % wartości umowy brutto powoduje, że w wypadku rzeczywistego nałożenia takiej wysokości kar umownych wykonawca nie ma szans na osiągnięcie choćby pokrycia wydatków na wykonanie

zamówienia. Przeciętna marża w obrocie handlowym nie przekracza 5%, zaś w przypadku podsektora outsourcingu usług dla placówek leczniczych zwykle jest to jeszcze mniej.

Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego w wysokości 50 % wartości brutto umowy 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).

Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien wziąć pod uwagę zasadę proporcjonalności. Określenie limitu kar umownych w wysokości wartości umowy stanowi remedium na podnoszony w Koncepcji prawa zamówień publicznych problem zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających. Zamawiający – kierując się uproszczonym postrzeganiem swojego interesu – sformułował postanowienie umowy zawierające rozwiązanie nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do wartości zamówienia publicznego.

Postanowienie § 12 ust. 15 ogranicza dostęp do zamówienia tylko do podmiotów, które są gotowe na wykonywanie zamówienia bez wynagrodzenia do czasu uzyskania prawomocnego wyroku sądu powszechnego o miarkowaniu kary umownej. Tym samym zastrzeżenie w umowie rażąco wygórowanego limitu kar umownych ma wpływ na krąg oferentów. Ustanowienie górnego limitu kar umownych w wysokości wartości umowy brutto interpretować należy nie jako dbałość o należyte wykonanie zamówienia, lecz jako de facto warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy (art. 112 ust. 2 pkt 3 Pzp.). Taki warunek w tym postępowaniu nie byłby uprawniony, gdyż sytuacja finansowa wykonawcy jest niezwiązana z przedmiotem zamówienia i nie ma znaczenia dla stopnia jakości jego wykonania (art. 112 ust. 1 Pzp.). Możliwe, że intencją Zamawiającego było obejście tego przepisu przez ustanowienie właśnie wygórowanego górnego limitu kar umownych. Prowadzi to do potwierdzenia niniejszego zarzutu, gdyż doszło do wykorzystania przez Zamawiającego w sposób instrumentalny pozycji gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak we wstępie.

załączniki:

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.