

Wrocław, dnia 02 czerwca 2023 r.

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

**Odwołujący:**

Impel Facility Services sp. z o.o .  
ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław  
KRS: 0000005901; NIP: 9542250979

numer telefonu:

510 011 618

adres poczty elektronicznej:

a.sliwinska@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Anna Śliwińska

**Zamawiający:**

109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ  
ul. Piotra Skargi 9-11; 70-965 Szczecin  
KRS: 0000002667, NIP: 8512543558, REGON: 810200960  
tel. 91/8105982

Adres strony internetowej: [www.109szpital.pl](http://www.109szpital.pl)

Adres email: [przetargi@109szpital.pl](mailto:przetargi@109szpital.pl), [przetargi2@109szpital.pl](mailto:przetargi2@109szpital.pl)

Strona internetowa prowadzonego postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/pn/109szpital>

**ODWOŁANIE**

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129 t. j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie na niezgodne z przepisami Ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania czystości i porządku wraz z pomocą przy pacjencie na terenie 109 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Szczecinie z podziałem na dwa zadania.* (znak postępowania: RPoZP 19/2023) – w zakresie obu zadań.

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 098 – 306559 z dnia 23.05.2023 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania czystości i porządku wraz z pomocą przy pacjencie na terenie 109 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Szczecinie z podziałem na dwa zadania.* Numer referencyjny: RPoZP 19/2023.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 433 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści projektu umowy postanowień umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 2) art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 Ustawy oraz w zw. z art. art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w projekcie umowy maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 436 pkt 4 ppkt b Ustawy;
- 3) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez ustalenie postanowień ustalenie w treści projektu umowy pozornych postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia podczas, gdy przepis art. 439 Ustawy wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 6 miesięcy;
- 4) art. 8, art. 431 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do rozwiązania umowy tj. poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy z błahego powodu;
- 5) przepisów art. 436 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z art. 473 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez ustanowienie w treści projektu umowy maksymalnej wysokości kar umownych w wysokości odpowiadającej 30% wartości wynagrodzenia brutto.
- 6) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny oraz poziomach zdolności wyższych niż minimalne tj. użycie w treści warunku sformułowania o *standardach sanitarno – epidemiologicznych (z podziałem na strefy sanitarne – o najwyższym poziomie dezynfekcji, ciągłej dezynfekcji oraz niskim poziomie dezynfekcji*, które to standardy są identyczne z przedmiotem zamówienia;

- III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) w zakresie zarzutu nr 1) - dodanie do obu projektów umów postanowienia, że:

*Całkowita maksymalna wielkość ograniczeń zamówienia, dopuszczalnych na podstawie postanowień niniejszej umowy nie przekroczy 15% wartości netto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 3 ust. 1 umowy.*

- 2) w zakresie zarzutu nr 2 – zmianę postanowień § 7 ust. 23 obu projektów umów w następujący sposób:

*Strony ustalają maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień ust. 18-22 na poziomie do 20% kwoty wynagrodzenia Wykonawcy netto określonej w § 3 ust. 1 niniejszej umowy w dniu zawarcia niniejszej umowy.*

- 3) w zakresie zarzutu nr 3 – zmianę postanowień § 7 ust. 23 obu projektów umów w następujący sposób:

*Strony ustalają maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień ust. 18-22 na poziomie do 20% kwoty wynagrodzenia Wykonawcy netto określonej w § 3 ust. 1 niniejszej umowy w dniu zawarcia niniejszej umowy.*

- 4) w zakresie zarzutu nr 4 - usunięcie postanowienia § 8 ust. 5 lit. a) obu projektów umów tj. usunięcie postanowienia, że:

*Niezależnie od przypadków wymienionych w ustawach Kodeks cywilny oraz Prawo zamówień publicznych Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od niniejszej umowy lub jej niezrealizowanej części, gdy:*

- a) *Wykonawca co najmniej trzykrotnie nie wykonał należycie usługi stanowiące przedmiot niniejszej umowy*

- 5) w zakresie zarzutu nr 5 – zmianę postanowień § 6 ust. 2 obu projektów umów w następujący sposób:

*Łączna wysokość kar umownych naliczonych każdej ze stron niniejszej umowy nie może przekroczyć 15 % kwoty łącznego wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu niniejszego umowy określonego w § 3 ust. 1 niniejszej umowy*

- 6) w zakresie zarzutu nr 6 – zmianę postanowień rozdz. XXII pkt 1 ppkt 2 lit. a) SWZ na przykład w następujący sposób:

*W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - w tym zakresie Wykonawca spełni warunek, gdy wykaże, że:*

*- w okresie ostatnich trzech lat należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje usługi (minimum 2 usługi) o podobnym charakterze, czyli odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącej przedmiot zamówienia:*

*w przypadku oferty złożonej na zadanie nr 1 – Zamawiający uzna za usługi o podobnym charakterze usługi wykonywane przez okres co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu polegającą na wykonywaniu czynności służących profilaktyce, zachowaniu,*

*ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz transporcie wewnątrzszpitalnym, które były realizowane w szpitalu (z podziałem na strefy sanitarne – o najwyższym poziomie dezynfekcji, ciągłej dezynfekcji oraz niskim poziomie dezynfekcji) i liczbie łóżek powyżej 80, oraz łącznej powierzchni sprzątanym obiektów co najmniej 8.000m<sup>2</sup> oraz o wartości nie mniejszej niż 3 500 000 zł rocznie każda;*

#### IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

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

Odwołujący wskazuje, że jest aktualnym wykonawcą usługi odpowiadającej przedmiotem zamówienia niniejszemu zamówieniu. Postanowienia SWZ uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty mimo, że posiada wiedzę i doświadczenie w bliźniaczym zamówieniu realizowanym na rzecz Zamawiającego. Z uwagi na treść SWZ nie może złożyć oferty. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyższych 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 niniejszego zamówienia.

#### V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

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

Zamawiający w dniu 23.05.2023 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania czystości i porządku wraz z pomocą przy pacjencie na terenie 109 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Szczecinie z podziałem na dwa zadania.*

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

### 1. MINIMALNA WARTOŚCI LUB WIELKOŚCI ŚWIADCZENIA STRON

#### 1.1. Zgodnie z:

- a) postanowieniem § 7 ust. 16 lit. a) i h) projektu umowy dla zadania nr 1:

*Strony dopuszczają w trakcie obowiązywania niniejszej umowy możliwość zmiany przedmiotu lub zakresu niniejszej umowy w przypadku:*

- a) *zmian reorganizacyjnych Zamawiającego;*

*(...)*

h) *zmiany danych w załącznikach do umowy wynikającej ze zmian reorganizacyjnych Zamawiającego.*

*W przypadku zmiany zakresu wykonywanej usługi, strony dokonają zmiany ceny określonej w § 3 ust. 1 niniejszej umowy proporcjonalnie do zmiany zakresu usług liczonej na podstawie cen jednostkowych za usługę wskazanych w § 3 ust. 6 niniejszej umowy.*

- b) postanowieniem § 2 ust. 5 projektu umowy dla zadania nr 2:

*Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany (zmniejszenia) wielkości powierzchni w trakcie trwania umowy ze względu na zmiany organizacyjne Szpitala.*

#### 1.2. Mając na uwadze powyższe postanowienia SWZ, Odwołujący podnosi, że są one niezgodne z art. 433 pkt 4 Ustawy, gdyż:

- 1) dopuszczają nieograniczoną możliwość redukcji zamówienia przez Zamawiającego;
- 2) maksymalność wielkość lub wartość redukcji zamówienia jest nieograniczona;
- 3) minimalna gwarantowana wielkość świadczenia wykonawcy jak i zamawiającego jest nieznana i nieokreślona w postanowieniach umowy;
- 4) redukcja zamówienia może nastąpić z dowolnych powodów;
- 5) ograniczenie wielkości zamówienia będzie skutkowało jednocześnie proporcjonalnym obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy w ujęciu miesięcznym i całkowitym.

#### 1.3. Wobec powyższego, wykonawca na podstawie SWZ nie uzyskał, informacji jaka jest maksymalna wielkość lub wartość usługi, która może być wyłączna w związku z umową oraz

nie uzyskał informacji jaki jest maksymalny okres wyłączenia. Wartości i wielkości podane w SWZ są nieokreślone, pozwalają na ich dowolną i rozszerzającą interpretację w toku realizacji umowy a w konsekwencji obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zwiększonych lub wydłużonych włączeń. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że wbrew wymogom art. z art. 433 pkt 4 Ustawy, wzór umowa nie zawiera minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron mimo, że Zamawiający zastrzegł możliwość ograniczenia zamówienia.

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

1.5. Odwołujący podkreśla, że ww. działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 433 ustawy Pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 433 ustawy Pzp było m.in., że „specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw

*i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.*

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

1.7. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 99 ust.1 *in principio* ustawy Pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest, zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części usług lub dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z art. 29 tejże ustawy (arg. z wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05). Ponadto, jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (orzeczenie SO dla Warszawy – Pragi z 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05), „*niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości*

*zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby Zamawiającego (...), gdyż jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego”.*

1.8. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasada równości stron umowy”.

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

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

1.10. Odwołujący zwraca również uwagę, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, co pozwala uznać je za niejasne, nieprecyzyjne, dowolne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia społecznego, winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty jak i potencjalnej umowy.



Zasady te mają zapewnić równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (wyrok z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

- 1.11. Odwołujący dodatkowo podkreśla, iż opisane przez Zamawiającego warunki zmiany zamówienia w postaci zmniejszenia są konstruowane w sposób niedookreślony. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach, z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie wielkości sprzątaných powierzchni i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Akceptacja zmiany zamówienia na zasadach określonych w SWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej stron postępowania - Zamawiającego i stanowi nadużycie prawa.

W przedmiotowej kwestii KIO podobnie wypowiedziało się w wyrokach:

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

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

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

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

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

## **2. MAKSYMALNA WARTOŚCI ZMIANY WYNAGRODZENIA, JAKĄ ZAMAWIAJĄCY DOPUSZCZA W EFEKCIE ZASTOSOWANIA KLAUZULI WALORYZACYJNEJ, O KTÓREJ MOWA W ART. 436 PKT 4 PPKT B USTAWY**

- 2.1. Zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 23 obu projektów umów:

Strony ustalają maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień na poziomie do 10% kwoty wynagrodzenia Wykonawcy netto określonej w § 3 ust. 1 niniejszej umowy w dniu zawarcia niniejszej umowy.

2.2. Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie jest niezgodne z Ustawą, gdyż skutkuje uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy w okolicznościach wymienionych w art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy. Waloryzacja z art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy została opisana postanowieniami paragrafu 7 obu projektów powyżej ww. ust. 23. Wobec powyższego, zgodnie z literalnym brzmieniem obu projektów umów, maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia dotyczy zarówno zmiany wartości umowy w wyniku zastosowania art. 439 Ustawy jak i 436 Ustawy. Zamawiający na mocy ww. postanowienia jest uwolniony od zmiany waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy ponad wartość wskazaną w umowie. Zważywszy na fakt, że przepis art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujących to działania mające na celu uchylenie jego stosowania lub znoszące jego działanie i jako takie są niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego.

2.3. Odwołujący zwraca również uwagę, że formułowanie postanowień umownych uwalniających Zamawiającego od obowiązku zastosowania art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy jest niezgodne również celem tegoż przepisu. Odwołujący wskazuje, że powodem nowelizacji przepisu art. 142 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych – aktualnie art. 436 pkt 4 lit. b) - było m.in., że: *„w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”*.

Odwołujący pozwala sobie także zaznaczyć, na temat ww. przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyrok z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem, który zachował aktualność w obowiązującym stanie prawnym: *„(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich*

wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. Klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenie wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)

### **3. WADLIWE POSTANOWIENIA WZORU UMOWY - art. 439 Ustawy.**

3.1. Zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 23 projektu umowy – zdanie nr 1 i zadanie nr 2:

*Strony ustalają maksymalną wartość zmiany Wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień na poziomie do 10% kwoty wynagrodzenia Wykonawcy netto określonej w § 3 ust. 1 niniejszej umowy w dniu zawarcia niniejszej umowy.*

3.2. Termin realizacji zamówienia określony w SWZ dla każdego z zadań wynosi: 36 miesięcy.

3.3. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający ograniczył wysokość swojej partycypacji w zmienionych kosztach wykonania zamówienia do 10% pierwotnej wartości netto wynagrodzenia wykonawcy. Na skutek powyższego przywołana klauzula nie będzie skutkowałą aktualizacją wynagrodzenia, ale spowoduje utratę ekwiwalentności świadczeń Zamawiającego względem wykonawcy. Innymi słowy Zamawiający zapłaci na wykonanie umowy cenę niższą niż rzeczywista wartość świadczenia, pomimo zastosowania klauzuli mającej chronić świadczenia stron przed dewaluacją.

Odwołujący podnosi, że wartościowy limit zmian do umowy określony w ww. klauzuli waloryzacyjnej symbolicznie tylko finansuje zmiany kosztów wykonania zamówienia.

Biorąc pod uwagę całość ww. klauzuli tj. treść postanowień zawartych w § 7 ust. 17 - 23 obu projektów umów, Odwołujący wyjaśnia, że partycypację Zamawiającego uważa za symboliczną i nieistotną, gdyż w przypadku stałego i utrzymującego się wzrostu ogólnego poziomu cen i usług konsumpcyjnych w gospodarce na poziomie 10%, Zamawiający sfinansuje utratę wartości ekonomicznej świadczenia wykonawcy tylko dla 10% wartości netto wynagrodzenia. Oznacza to, że wykonawca samodzielnie będzie musiał finansować nadzwyczajne zmiany kosztów wykonania umowy dla 90% swojej ceny ofertowej. Mając na względzie, że umowa ma trwać trzy lata, to ww. postanowienie gwarantuje utrzymanie Zamawiającemu stałej ceny wykonania zamówienia. Cena ta w swojej zasadniczej części nie będzie korygowana adekwatnie do zmian ekonomicznych występujących na rynku. Odwołujący zwraca uwagę, że poziom partycypacji Zamawiającego w zmienionych kosztach wykonania zamówienia będzie odporny na takie zjawiska jak zmiany płac w tym zmiany płacy minimalnej oraz zmiany na rynkach walutowych (umocnienie/osłabienie złotego). Fakt, że waloryzowana będzie wyłącznie pierwotna wartość umowy oznacza, że w miarę upływu czasu rzeczywisty udział Zamawiającego w finansowaniu zmienionych kosztów zamówienia będzie odporny również na inflację. Maksymalna kwota waloryzacji jest oderwana od aktualnej wartości świadczenia. Rzeczywista podwyżka oferowana wykonawcy zawsze będzie niższa o wartość inflacji. Jeżeli na dzień złożenia oferty wartość ww. 10% podwyżki jest równa np. 100 opakowań środków czyszczących to - przy założeniu, że wystąpi wymagana w umowie do waloryzacji 10% inflacja – po roku trwania umowy wartość ta będzie wynosiła 90 opakowań a po dwóch latach 80. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w ww. klauzuli zagwarantował sobie stałość cen przy jednoczesnym symbolicznym udziale w zmienionych kosztach wykonania zamówienia. Wraz ze wzrostem inflacji będzie malał (i tak niski) wkład Zamawiającego w finansowanie nadzwyczajnie zmienionych kosztów wykonania zamówienia. Im wyższy będzie wzrost ww. nadzwyczajnych kosztów tym niższy będzie rzeczywisty udział Zamawiającego w pokryciu tychże kosztów.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że indeksacja dokonana zgodnie z ww. klauzulą prowadzić będzie do niepoporcjowanej (zbyt niskiej) podwyżki wynagrodzenia wykonawcy względem wzrostu kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący podnosi, że podział nadzwyczajnych kosztów wykonania zamówienia nie jest sprawiedliwy i niewspółmiernie obciąża wykonawcę ryzykiem samodzielnego ponoszenia wydatków spowodowanych zjawiskami nadzwyczajnymi i nieprzewidywalnymi.

Zgodnie z celem ww. umownej klauzuli jest wyłączenie albo co najmniej ograniczenie obowiązku partycypacji Zamawiającego w zwiększonych kosztach wykonania zamówienia.

3.4. Z uwagi na powyższe Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie odpowiada wymogom art. 439 pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu a nadto stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podnosi, że przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia nie można przypisać zachowaniu polegającemu na formułowaniu wskaźników zobowiązujących Zamawiającego do nieistotnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu cen stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych i w konsekwencji świadczy o dokonywaniu czynności prawnych sprzecznych z prawem lub mających na celu obejście prawa a więc czynności prawnych bezwzględnie nieważnych na podstawie art. 58 k.c.. Odwołujący podnosi więc, że w postępowaniu na skutek ww. wady nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3.5. Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalone racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.

3.6. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnośc ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SWZ. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.

3.7. Odwołujący zaznacza również, że ze względu na termin realizacji umowy (trzy lata), wykonawcy nie są w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen środków, materiałów czy niektórych usług. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia.

Przerzucanie na wykonawcę całości lub większości ryzyka gospodarczego wzrostu cen

materiałów i kosztów nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zgodnie z art. 439 Ustawy nie może przerzucać 90% ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a zachowania takie stawią naruszenie ww. przepisu Ustawy jak i zasad współżycia społecznego. W świetle art. 439 pzp niedopuszczalne jest, aby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. Wobec powyższego wymaganie od wykonawców przewidywania kosztów realizacji zamówienia na okres trzech lat realizacji kontraktu wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców a nadto jest sprzeczny art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Bezpośrednią konsekwencją opisanego naruszenia wymogu przejrzystości jest naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Zamawiający utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert w praktyce utrudnia im również uczciwe konkutowanie, gdyż wykonawcy konkurują w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia co do wzrostu kosztów.

- 3.8. Uwagi wymaga również, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej *wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy (obecnie specustawa zmieniła okres 12 miesięcy na 6 miesięcy), ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może być spowodowane zaistnieniem równych przyczyn, w tym także przyczyn zewnętrznych, które powodują bezwzględną konieczność zmiany wynagrodzenia. Podstawą roszczenia wykonawcy o zmianę wynagrodzenia będzie więc spełnienie przesłanek zawartych we wzorze umowy. Zamawiający jest bowiem do zobowiązany do wprowadzenia do wzoru umowy obligatoryjnych elementów wskazanych w treści art. 439 ustawy Pzp, wśród których istotne znaczenie ma określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w wyniku wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych. Powyższe wynika z tego, że Zamawiający będący podmiotem finansów publicznych działa w oparciu o plany finansowe. Dlatego też tak istotne jest wcześniejsze ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy. To bowiem Zamawiający ustala we wzorze umowy zarówno sposób dokonania waloryzacji wynagrodzenia jak i wartość maksymalnej zmiany wynagrodzenia (wyrok KIO z dn. 08.09.2022 r. sygn.. akt: KIO 2193/22).*

Uwagi wymaga również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2023 r. sygn. akt: KIO 133/23 zgodnie, z którym przyjęty przez Zamawiającego limit waloryzacji wynagrodzenia jest rażąco niewystarczający. Izba uwzględniła więc zarzut nr 2 i nakazała podwyższenie tego limitu do poziomu 20%. O ile Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego żąda podwyższenia limitu waloryzacji wynagrodzeń właśnie do 20%, to w ocenie Izby poziom taki jest rozsądny w świetle zasad doświadczenia życiowego, a także uwzględnia aktualny poziom inflacji i jej możliwy wpływ na koszt realizacji zamówienia w zakładanym przez Zamawiającego okresie.

#### **4. POSTANOWIENIA UMOWNE – ROZWIĄZANIE UMOWY Z BŁAHEGO POWODU.**

4.1. Zgodnie z postanowieniami § 8 ust. 5 lit. a) projektu umowy – zdanie nr 1 i zadanie nr 2:

*Niezależnie od przypadków wymienionych w ustawach Kodeks cywilny oraz Prawo zamówień publicznych Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od niniejszej umowy lub jej niezrealizowanej części, gdy:*

a) *Wykonawca co najmniej trzykrotnie nie wykonał należycie usługi stanowiące przedmiot niniejszej umowy;*

4.2. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej niedozwolone jest formułowanie postanowień umownych uprawniających Zamawiających do wypowiedzenia umowy w dowolnym momencie jej trwania przy jednoczesnym zniesieniu skutków takiego wypowiedzenia tj. przy jednoczesnym uchyleniu odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiających. W ocenie KIO zastrzeżenie możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego danego rodzaju umowy z błahego powodu, incydentalnego niewykonania pojedynczego postanowienia umownego, niewykonania świadczenia ubocznego - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę np. po 3-y miesięcznym okresie jej obowiązywania.

4.3. Odwołujący podnosi, że przywołane postanowienia umowne pozwalają Zamawiającemu na wypowiedzenia umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, zdarzeń mających charakter incydentalny i jednostkowy (np. jednego niewyrzucenia śmieci z kosza, niedokładnego umycia jednej listwy przypodłogowej i jednego niedokładnego umycia klamki) a także zdarzeń, którym nie można przypisać przymiotu uporczywego nienależytego wykonania umowy. Uwagi wymaga również, że ww. trzy zdarzenia uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od umowy nie są ograniczone żadnym przedziałem czasowym. Do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego wystarczy więc, aby wykonawca np. w pierwszym, czwartym i dziewiątym miesiącu realizacji umowy wykonał nieprawidłowo po jednej dowolnej i nieistnej czynności. W ocenie Odwołującego ww. okoliczności uprawniających do odstąpienia umożliwiają Zamawiającemu rozwiązanie umowy w dowolnym czasie.

4.4. Odwołujący podnosi, że umowa powinna enumeratywnie wskazywać przesłanki do wypowiedzenia umowy o charakterze istotnym i skutkującym nienależytą jakością świadczenia

głównego. Brak precyzyjnego określenia ww. okoliczności powoduje, że Zamawiającego, dopiero w toku realizacji umowy, arbitralnie zdecyduje o wyborze okoliczności uzasadniających wypowiedzenie. Okoliczności te mogą być przyczynami błahymi i niebagatelnymi. Wykonawca pozostaje więc w niepewności co do terminu realizacji kontraktu. Dodatkowo całość konsekwencji z tytułu przedwczesnego zakończenia umowy obciąża wyłącznie wykonawcę.

- 4.5. Odwołujący podkreśla ponadto, że prawo do wypowiedzenia/odstąpienia od umowy stanowi wyjątek od zasady trwałości stosunku prawnego, stąd jego zastosowanie nie powinno być uzależnione od nieistotnych lub niezawinionych naruszeń postanowień umowy przez dłużnika (wykonawcę). Odwołujący podkreśla również, że naruszenie obowiązków umownych przez dłużnika nie może służyć wierzycielowi wyłącznie jako pretekst do wycofania się z umowy, która okazała się dla niego niekorzystna.
- 4.6. Odwołujący zaznacza także, że w doktrynie podnosi się, iż ważną sferą zastosowania zasad współzycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Z uwagi na powyższe, wskazane postanowienia jako faworyzujące autora umowy, który czyni ze swego prawa użytek sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, naruszają art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 431 i nast. Pzp.

## 5. MAKSYMALNA WYSOKOŚĆ KAR UMOWNYCH

- 5.1. Zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 2 projektu umowy – zdanie nr 1 i zadanie nr 2:

*Łączna wysokość kar umownych naliczonych każdej ze stron niniejszej umowy nie może przekroczyć 30 % kwoty łącznego wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu niniejszego umowy określonego w § 3 ust. 1 niniejszej umowy.*

- 5.2. Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 30% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za blisko 1/3 wykonanego zamówienia, gdyż wynagrodzenie to zostanie skonsumowane przez kary umowne. Z kolei Zamawiający nie dość, że osiągnie cel, w jakim prowadzi postępowanie, czyli otrzyma usługę opisaną w SWZ, to jeszcze niejako uzyska zwrot 30% inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych.

- 5.3. Odwołujący wskazuje również, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą sądów powszechnych, wysokość kar, która w stosunku do wartości zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, uznawana jest za nadmierną dolegliwość, świadczącą o niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na



wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie dostępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r. sygn. akt: V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy. Na dzień złożenia odwołania ustalona, w projekcie kara za wypowiedzenie umowy wynosi 10% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Już z tego choćby powodu maksymalna wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

## 6. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – DOŚWIADCZENIE

### 6.1. Zgodnie z rozdziałem XXII pkt 1 ppkt 2 lit. a) SWZ:

*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - w tym zakresie Wykonawca spełni warunek gdy wykaze, że:*  
*- w okresie ostatnich trzech lat należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje usługi (minimum 1 usługa) o podobnym charakterze czyli odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia:*

*a) w przypadku oferty złożonej na zadanie nr 1 – Zamawiający uzna za usługę o podobnym charakterze usługę wykonywaną przez okres co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu w placówce służby zdrowia o podobnych standardach sanitarno – epidemiologicznych (z podziałem na strefy sanitarne – o najwyższym poziomie dezynfekcji, ciągłej dezynfekcji oraz niskim poziomie dezynfekcji) i liczbie łóżek powyżej 80, oraz łącznej powierzchni sprzątanym obiektów co najmniej 8.000m<sup>2</sup>;*

6.2. Zgodnie z postanowieniami SWZ sposób wykonania zamówienia, w tym również standard sanitarno – epidemiologiczny usługi nie został opisany poprzez odniesienie do odpowiednich norm, metodyk lub innych zestandaryzowanych dokumentów lub opracowań. Zgodnie z SWZ wykonawca ma realizować zamówienie zgodnie z wytycznymi opisanymi w dokumentacji zamówienia. Autorem ww. wytycznych jest Zamawiający. Wytyczne te są zindywidualizowane i dobrane do potrzeb Zamawiającego. SWZ zawiera informacje o rodzaju środków czyszczących i chemicznych, przy pomocy, których ma być realizowane zamówienie, wskazuje krotności wykonania czynności, wyróżnia rodzaje powierzchni, precyzuje, definiuje i rozróżnia rodzaje stref czynności występujących w szpitalu Zamawiającego; szczegółowo opisuje czynności. W żadnym z ww. miejsc Zamawiający nie odwołuje się do powszechnie obowiązującego standardu sanitarno – epidemiologicznego. W nawiązaniu do ww. opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu został postawiony ww. warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia. Zawarte w ww. warunku dookreślenie wymaganego przez Zamawiającego standardu dokonane poprzez opis: *z podziałem na strefy sanitarne – o najwyższym poziomie dezynfekcji, ciągłej dezynfekcji oraz niskim poziomie dezynfekcji* jest bezpośrednio i 1:1 przeniesione z opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego tak postawiony wymóg oznacza, że wykonawca powinien legitymować się usługą identyczną lub niemal identyczną

z przedmiotem niniejszego zamówienia. Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ definiuje ww. strefy sanitarne w sposób identyczny z wymogami postawionymi w warunku. Ze względu na powyższe, w ocenie Odwołującego, tak ustalony poziom zdolności nie został ustalony jako minimalny poziom zdolności, ale jako poziom identyczny z przedmiotem zamówienia, skutkiem czego ww. warunek jest nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia i narusza zasadę równej konkurencji.

Odwołujący zwraca uwagę, że posiada doświadczenie w obsłudze szpitali oraz uzdrowisk, które stosują odmienne od Zamawiającego standardy sanitarno – epidemiologiczne. Szpitale te inaczej kwalifikują poszczególne strefy czystości i stawiają odmienne od Zamawiającego wymogi co do ich utrzymywania. Stosując się do wymogu ww. warunku Odwołujący nie może legitymować się doświadczeniem zdobytym w ww. szpitalach, mimo, że realizowane przez niego usługi są usługami podobnymi do usług opisanych w SWZ.

Odwołujący zwraca również uwagę, że ww. warunek nie odwołuje się do standardów, które zostały skonkretyzowane poprzez wskazanie określonej normy lub innego obiektywnego miernika. SWZ nie nakazuje również realizacji zamówienia poprzez stosowanie określonych w prawie lub w inny sposób skodyfikowanych norm. Wobec powyższego postawienia przez Zamawiającego wymogów co do ww. stref nie znajduje usprawiedliwienia w specyfice przedmiotu zamówienia.

6.3. Odwołujący zauważa również, że ww. warunek narusza również zasadę przejrzystości postępowania. Odwołujący na podstawie tak dokonanego opisu nie jest w stanie zweryfikować, czy posiadane przez niego doświadczenie spełnia wymogi postawione w warunku. Zawarte w warunku określenia definiujące usługę podobną są nieostre, niejasne i nieprecyzyjne. Postawiony w warunku wymóg legitymowania się przez wykonawcę usługą *o podobnych standardach sanitarno – epidemiologicznych (z podziałem na strefy sanitarne – o najwyższym poziomie dezynfekcji, ciągłej dezynfekcji oraz niskim poziomie dezynfekcji)* nie zawiera informacji o skonkretyzowanym lub znormalizowanym standardzie sanitarno – epidemiologicznym, którego oczekuje Zamawiający. Na podstawie tak sformułowanej treści warunku Odwołujący nie jest w stanie ustalić, czy posiada doświadczenie wymagane warunkiem. Odwołujący na podstawie treści ww. warunku nie może rozstrzygnąć, czy posiadane przez niego doświadczenie jest wystarczające, aby spełnić warunek i móc złożyć ofertę, która nie podlega odrzuceniu. Odwołujący nie ma pewności czy świadczenie usług w placówkach służby zdrowia takich jak zakłady opiekuńczo-lecznicze, pielęgnacyjno-opiekuńcze, rehabilitacji leczniczej lub hospicja, w których zgodnie z opracowanych dla tych jednostek indywidualnym planem higieny wydzielone zostały strefy sanitarne – o najwyższym poziomie dezynfekcji, ciągłej dezynfekcji oraz niskim poziomie dezynfekcji spełniają wymogi warunku. Warunek nie wskazuje jednoznacznego i konkretnego kwalifikatora pozwalającego uznać usługę za podobną lub nie do usługi wymaganej w warunku. Odwołanie do przedmiotu zamówienia pozostawia Odwołującego w niepewności co do oceny warunku.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

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