

Wrocław, dnia 15 marca 2022 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa

Odwołujący:

Impel S.A.

ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

KRS: 0000004185

NIP: 8990106769

Numer telefonu: 510015097

Adres poczty elektronicznej: e.sitarek@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Emilia Sitarek

Zamawiający:

Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej

Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi

ul. Okólna 181, 91-520 Łódź

REGON 473211271

zamowienia@centrumpluc.com.pl ; centrumpluc.com.pl

tel.: (42) 617 72 90

ODWOŁANIE

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Ochrona (dozór) obiektów Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia 2022/BZP 00081535/01 z dnia 10 marca 2022 roku.

Ochrona (dozór) obiektów Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi.

Znak sprawy 6/ZP/US/TP/22

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

- 1) art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- 2) art. 436 pkt. 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów 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 zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

UZASADNIENIE

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.

W dniu 10 marca 2022 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w projekcie umowy w Załączniku nr 4 (por. postanowienie § 12 ust. 7) wskazał, że:

7. *Za wyjątkiem sytuacji, o której mowa w ust. 1 lit. a) powyżej, wprowadzenie zmian aneksem, zgodnie z ust. 4-6 powyżej, wymaga złożenia przez Wykonawcę pisemnego wskazania zmian i wyliczenia wpływu zmian, o jakich mowa w ust. 1 powyżej, na koszty wykonania zamówienia, wyznaczając stosowny termin do akceptacji zmian, nie krótszy niż 30 dni od otrzymania uzasadnionej, pisemnej propozycji przez Zamawiającego. Zmiana ta jest możliwa po 12 miesiącach od dnia zawarcia umowy i jest możliwa wyłącznie w stosunku do niewykonanej części umowy w przypadku udowodnienia przez Wykonawcę, że wskazana zmiana ma wpływ na koszty wykonania umowy. W przypadku, gdyby realizacja umowy po zmianie cen byłaby nadmiernym obciążeniem finansowym dla Zamawiającego, Zamawiający może odmówić podpisania aneksu a strony ustalą warunki rozwiązania umowy (w braku porozumienia umowa ulegnie rozwiązaniu z upływem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia).*

W ocenie Odwołującego takie brzmienie postanowienia § 12 ust. 7 umowy narusza przepis art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez złamanie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia w związku z przepisem art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych.

W tym punkcie umowy Zamawiający zastrzega, że zmiana wynagrodzenia w trybie przepisu art. 436 pkt 4b) ustawy prawo zamówień publicznych „jest możliwa po 12 miesiącach od dnia zawarcia umowy”.

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z postanowieniem § 6 projektu umowy - umowa obowiązuje przez okres 24 miesięcy, od dnia 02.04.2022 r. g. 00:00 do dnia 02.04.2024 r. g. 12:00, uznać należy, że Strony wprowadzą zmiany waloryzacyjne najwcześniej z dniem 02 kwietnia 2023r. Tym samym Wykonawca będzie obowiązany realizować przedmiot umowy w 2023 roku według stawek wynagrodzenia obowiązujących w 2022r. przez co najmniej trzy miesięczne okresy rozliczeniowe.

Co więcej, Zamawiający zastrzega, że „w przypadku, gdyby realizacja umowy po zmianie cen byłaby nadmiernym obciążeniem finansowym dla Zamawiającego, Zamawiający może odmówić podpisania aneksu a strony ustalą warunki rozwiązania umowy (w braku porozumienia umowa ulegnie rozwiązaniu z upływem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia)”.

Taka klauzula jest również bardzo niekorzystna dla Wykonawcy, gdyż w razie braku zgody między Stronami co do wysokości waloryzacji wynagrodzenia umownego, Wykonawca ma obowiązek realizować przedmiot zamówienia przez kolejne dwa miesiące ze stratą dla siebie.

Odwołujący stwierdza, iż przepis art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*iuris cogentis*), co oznacza, iż Zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby w projekcie umowy dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń jego zastosowania, czyli w niniejszej sytuacji Zamawiający nie może ograniczać w żaden sposób poziom

waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy do własnych zasad i wprowadzać w treści umowy jednostronnie własnych terminów obowiązywania zmian (np. stałość ceny przez okres 12 miesięcy od zawarcia umowy itp.).

W myśl przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający nie jest uprawniony do decydowania o wysokości zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych tj. zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów 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 zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Wskazać należy, że wymienione w art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych przesłanki waloryzacyjne są również regulowane przez odpowiednie 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.

W rezultacie wynagrodzenie Wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione i winno obowiązywać do dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających te zmiany.

Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa (por. nadal aktualna teza z wyroku KIO sygn. akt 346/15 z dnia 09 marca 2015r.). Wykonawca zaś obowiązany jest do wykazania w stosownej kalkulacji zawartej we wniosku waloryzacyjnym wpływu zmiany wskazanych regulacji na koszty wykonania zamówienia.

ŻADANIE

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 12 ust. 7 umowy - według następującego brzmienia:

„Za wyjątkiem sytuacji, o której mowa w ust. 1 lit. a) powyżej, wprowadzenie zmian aneksem, zgodnie z ust. 4-6 powyżej, wymaga złożenia przez Wykonawcę pisemnego wniosku ze wskazaniem zmian i wyliczenia wpływu zmian, o jakich mowa w ust. 1 powyżej, na koszty wykonania zamówienia, wyznaczając stosowny termin do akceptacji zmian, nie krótszy niż 30 dni od otrzymania uzasadnionej, pisemnej propozycji przez Zamawiającego. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi od dnia wejścia w życie przepisów dotyczących zmiany stawek wynagrodzenia w zakresie art. 436 pkt 4b) ustawy prawo

zamówień publicznych i jest możliwa wyłącznie w stosunku do niewykonanej części umowy w przypadku udowodnienia przez Wykonawcę, że wskazana zmiana ma wpływ na koszty wykonania umowy.

W przypadku, gdyby realizacja umowy po zmianie cen byłaby nadmiernym obciążeniem finansowym dla Zamawiającego, Zamawiający może odmówić podpisania aneksu a strony ustalą warunki rozwiązania umowy (w braku porozumienia umowa ulegnie rozwiązaniu z upływem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia).”

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.