

Wrocław, dnia 2 października 2023 r.

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

Odwołujący:

Optima Cleaning Sp. z o. o.

ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000588001; NIP: 8943069512

numer telefonu: **510 013 153**

adres poczty elektronicznej: **k.grabek@impel.pl**

Przedstawiciel (imię i nazwisko): **Katarzyna Grabek**

Zamawiający:

Wielospecjalistyczny Szpital w Ostrowcu Świętokrzyskim

ul. Szymanowskiego 11; 27 - 400 Ostrowiec Świętokrzyski

NIP: 661-19-59-864; REGON: 000311473

tel.: 041-247-80-00

e-mail: zamowienia@zoz.ostrowiec.pl

adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:

https://platformazakupowa.pl/pn/zoz_ostrowiec

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 wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Sprzątanie pomieszczeń, utrzymanie w czystości chodników i dróg dojazdowych oraz konserwacja terenów zielonych wokół szpitala*. (znak postępowania: ZP/29/2023).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00416412/01 z dnia 27.09.2023 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych: *Sprzątanie pomieszczeń, utrzymanie w czystości chodników i dróg dojazdowych oraz konserwacja terenów zielonych wokół szpitala* Numer referencyjny: ZP/29/2023 .

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 439 Ustawy w zw. z 137 oraz art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.94 z zm.) – *dalej kc* poprzez:
 - a) wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów;
 - b) nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przy projektowaniu treści projektu umowy polegającej na uwzględnieniu jedynie swoich interesów przy sformułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 Ustawy podczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać;
 - c) sformułowanie klauzuli w przedmiocie zmiany wysokości wynagrodzenia z tytułu zmiany wysokości cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, która nie spełnia wymogów art. 439, gdyż nie zawiera obligatoryjnych postanowień w przedmiocie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy tj. postanowień o których mowa w art. 439 ust. 2 Ustawy.
- 2) 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 względem przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

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

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

- 1) nadanie § 3 ust. 1 wzoru umowy (Załącznik nr 6 do SWZ) następującej treści:
 1. *Strony dopuszczają możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub środków używanych lub usług do realizacji umowy, na następujących warunkach:*
 - a) *wysokość wynagrodzenie miesięcznego może ulec zmianie gdy Wykonawca wykaże, że ceny materiałów lub środków lub usług używanych do realizacji umowy zmieniły się o co najmniej 5%. Przez zmianę cen materiałów lub środków używanych lub usług do realizacji umowy rozumie się wzrost odpowiednio cen lub środków, jak i ich obniżenie, względem ceny tych materiałów lub środków lub usług przyjętej w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie,*
 - b) *Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy, na skutek zastosowania przepisów z niniejszego ustępu, może ulec zmianie maksymalnie o 20% w stosunku do wynagrodzenia pierwotnie zawartego w umowie.*

- c) postanowień umownych w zakresie waloryzacji wskazanych w pkt. a) nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w pkt. b) zdanie pierwsze
 - d) zmiana wysokości wynagrodzenia opisana w niniejszym ustępie może nastąpić w przypadku ziszczenia się warunków z pkt. a) oraz złożenia przez zainteresowaną Stronę pisemnego wniosku wraz z informacjami pozwalającą na dokonanie zmiany umowy. Przy czym każda ze stron ma prawo żądać wyjaśnienia lub uzupełnienia dowodów w terminie 14 dni.
 - e) zmiana umowy na podstawie postanowień zawartych w niniejszym ustępie może nastąpić nie wcześniej niż po upływie spełnienia się warunku, o którym mowa w powyższej lit. a)
 - f) zmiana umowy na podstawie postanowień zawartych w niniejszym ustępie będzie równa wzrostowi wskaźnika, o którym mowa w lit. a) wykazanego przez wykonawcę na zasadach określonych w lit. d) i będzie dokonywana:
 - i. w przypadku pierwszej waloryzacji - od wartości wynagrodzenia, określonego w umowie;
 - ii. w przypadku każdej kolejnej waloryzacji - od wartości wynagrodzenia, ustalonego w wyniku poprzedniej waloryzacji.
 - iii.
- 2) ustalenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego o doświadczenie w sposób związany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz zmianę treści dokumentów zamówienia; zastąpienie dotychczasowej treści warunków określonym w Rozdz. II pkt 2 lit. b) SWZ, warunkiem np.: o treści:
- Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy składający ofertę wykazali się, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem co najmniej jednej usługi w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia (obejmującej sprzątnięcie w obiekcie szpitalnym, wraz z utrzymaniem czystości terenów zewnętrznych oraz wywozem odpadów komunalnych) o wartości minimum 300 000 zł brutto*

IV. 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 i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy i przepisów Kodeksu cywilnego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego uzyskania realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu ewentualnej realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 2 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego,

stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.09.2023 roku. Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. (treść ww. zmian SWZ w załączeniu do odwołania).

Wpis od odwołania w wysokości 7 500 zł. (słownie: siedem tysięcy złotych pięćset 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.: *Sprzątanie pomieszczeń, utrzymanie w czystości chodników i dróg dojazdowych oraz konserwacja terenów zielonych wokół szpitala*.

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, oraz przepisami ustawy Kodeks cywilny.

1. Wadliwe określenie zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy oraz nadużycie prawa i naruszenie swobody kontraktowania przez Zamawiającego przy formułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 Ustawy.

1.1. Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy (Załącznik nr 6 do SWZ):

2. *Strony dopuszczają możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub środków używanych do realizacji umowy, na następujących warunkach:*

- a) *wysokość wynagrodzenie miesięcznego może ulec zmianie gdy Wykonawca wykaże, że ceny materiałów lub środków używanych do realizacji umowy zmieniły się o co najmniej 20%. Przez zmianę cen materiałów lub środków używanych do realizacji umowy rozumie się wzrost odpowiednio cen lub środków, jak i ich obniżenie, względem ceny tych materiałów lub środków przyjętej w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie,*
- b) *Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy, na skutek zastosowania przepisów z niniejszego ustępu, może ulec zmianie maksymalnie o 10% w stosunku do wynagrodzenia pierwotnie zawartego w umowie. Przy czym poszczególna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy (na skutek pojedynczego aneksu) może wynosić maksymalnie 5% w stosunku do wynagrodzenia obowiązującego przed wprowadzeniem tego aneksu zmieniającego wynagrodzenie.*

- c) postanowień umownych w zakresie waloryzacji wskazanych w pkt. a) nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w pkt. b) zdanie pierwsze
- d) zmiana wysokości wynagrodzenia opisana w niniejszym ustępie może nastąpić w przypadku ziszczenia się warunków z pkt. a) oraz złożenia przez zainteresowaną Stronę pisemnego wniosku wraz z dowodami potwierdzającymi zmianę cen materiałów lub środków, pozwalającą na dokonanie zmiany umowy. Przy czym każda ze stron ma prawo żądać wyjaśnienia lub uzupełnienia dowodów w terminie 14 dni, pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpoznania. Strony mają prawo odmowy dokonania zmian
- e) zmiana umowy na podstawie postanowień zawartych w niniejszym ustępie może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 7 miesięcy od daty podpisania umowy,
- f) zmiana umowy na podstawie postanowień zawartych w niniejszym ustępie może nastąpić maksymalnie jeden raz w jednym roku kalendarzowym.

1.2. W zakresie określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów i nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego.

1.3. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Ustawą oraz Kodeksem cywilnym, 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 zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, jest ograniczone do zjawisk nadzwyczajnych a ustalony w umowie sposób waloryzacji *de facto* zwalnia Zamawiającego z obowiązku sprawiedliwej partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. 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.

Zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, jest ograniczone w sposób, który zwalnia Zamawiającego z obowiązku partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej.

Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa:

- 1) wyłącznie jeden raz w toku realizacji zamówienia (§ 3 ust. 1 lit. f) - wzoru umowy);
- 2) w maksymalnej wysokości 5% (§ 3 ust. 1 lit. b) zdanie ostatnie – wzoru umowy)

oraz pod warunkiem, że

- 3) ceny materiałów lub środków używanych do realizacji zamówienia zmieniają się o 20% (§ 3 ust. 1 lit. a) – wzory umowy). Odwołujący zaznacza, że zgodnie z przywołanym § 3 ust. 1 lit. a) do ustalenia ww. wskaźnika zmiany nie są wliczane usługi niezbędne do wykonania zamówienia.

Ponadto Odwołujący podnosi, że ww. klauzula:

4) nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 Ustawy.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi:

w zakresie powyższego pkt 1):

Odwołujący podnosi, że postanowienia § 3 ust. 1 lit. e) i f) wyłącza zmianę umowy przez okres istotnie przekraczający pierwsze 6 miesięcy realizacji zamówienia. Wobec powyższego, zawarta w ww. § 3 ust. 1 klauzula waloryzacyjna jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania treści umowy oraz zmierza do obejścia przepisów prawa. Opisany powyżej sposób formułowania postanowień umownych stanowi obejście prawa, ponieważ *de facto* nie gwarantuje waloryzacji wynagrodzenia na zasadach określonych w art. 439 Ustawy, ale skutkuje całkowitym uwolnieniem Zamawiającego od skutków negatywnych zjawisk gospodarczych (podwyżek cen) przez cały okresu trwania umowy.

Powyzsza klauzula w sposób niedozwolony przerzuca na wykonawcę nieznaną na dzień składania oferty koszty wykonania zamówienia. Postanowienie to godzi w równowagę stron umowy oraz obciąża wykonawcę wszystkimi konsekwencjami zmienionych warunków realizacji umowy, dotyczących bezpośrednich i podstawowych kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący zauważa, że na mocy ww. postanowienia umownego Zamawiający *de facto* uchyla się od obowiązku zmiany umowy spowodowanej okolicznościami, które z pewnością wystąpią, ale których wartości działając z najwyższą starannością, nie można wyliczyć lub przewidzieć. Tego rodzaju działania nie stanowią wykonywania prawa, ale są czynnościami zmierzającymi do jego obejścia tj. do uchylecia obowiązku waloryzacji z art. 439 Ustawy.

Odwołujący podnosi również, że ustalony we wzorze umowy faktyczny zakaz waloryzacji w okresie stanowiącym blisko 50% wielkości umowy, jest sprzeczny z celem art. 439 Ustawy. Ustalenie tak długiego terminu oczekiwania na waloryzację oznacza, że wykonawca samodzielnie finansuje wszelkie zmiany cen w okresie 50% okresu realizacji umowy. Tymczasem postępowania prowadzone jest w okresie dynamicznych zmian gospodarczych. Powszechnie wiadomym jest, że okresie najbliższego i kolejnego roku nie jest przewidywana stabilizacja gospodarcza. Przeciwnie, analizy podają, że recesja będzie się pogłębiać a wskaźniki makro i mikroekonomiczne nie są przewidywalne. W związku z powyższych, urealnienie cen ofertowych i uzyskanie porównywalnych ofert, wymaga zaprojektowania w umowie mechanizmu, umożliwiającego rozsądny podział ryzyk kontraktowych pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Projekt umowy takiego mechanizmu nie zawiera. Aktualne postanowienia umowne obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zmian kontraktowych przez kolejne 7 miesięcy realizacji umowy a z uwagi na wysokość wskaźnika warunkującego przeprowadzenie waloryzacji (20%) – przez cały okres realizacji zamówienia. W efekcie powyższego, ceny ofertowe muszą uwzględniać ww. ryzyko i wzrosną nieproporcjonalnie względem rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia.

Przepis art. 439 Ustawy 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 uchylaniu się przez okres połowy czasu trwania kontraktu od skutków zjawisk gospodarczych o globalnym i krajowym znaczeniu takich jak wzrost kosztów surowców, spadek siły nabywczej pieniądza, przerwane łańcuchy dostaw, deficyt niektórych produktów na rynku, w tym produktów spożywczych.

Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by zasady (w tym terminy) aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego.

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.

Ze względu na termin realizacji umowy (14 miesięcy), wykonawcy nie są aktualnie w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen środków, materiałów czy niektórych usług. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia.

Realizując zasadę przejrzystości Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający kompletne i racjonalne 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 jest interpretowana 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 17 – tu miesięcy realizacji kontraktu, wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców, a nadto jest sprzeczny art. 439 Ustawy.

Odwołujący zaznacza również, że 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 konkurowanie, gdyż wykonawcy konkurują w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia, co do wzrostu kosztów.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza również, że literalna treść art. 439 Ustawy nie uprawnia Zamawiającego do zastrzeżenia w umowie co najmniej 6-cio miesięcznych okresów bezwaloryzacyjnych. Odwołujący zwraca uwagę na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt: X GC 5/23, zgodnie, z którym: *W ocenie Sądu, na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, określenie zasad dokonania zmian*

wynagrodzenia należnego stronie powodowej, nie oznacza możliwości ograniczania czasu waloryzacji, a powinno to być oznaczenie technicznych zasad, na jakich ta zmiana powinna się pojawić. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu, Zamawiający zobowiązany jest określić w postanowieniach umownych okoliczności, w jakich wynagrodzenie może podlegać zmianie oraz procedurę prowadzącą do ustalenia wysokości tej zmiany i termin jej wprowadzenia. Tymczasem strona pozwana narzuciła ograniczenie dotyczące momentu, kiedy strona pozwana mogłaby złożyć wniosek o waloryzację, co w świetle wykładni przepisu art. 436 pkt 4 lit. b PrZamPubl., powinno zostać ocenione jako bezskuteczne, albowiem w przypadku zmiany przepisów regulujących m.in. wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, gdy zmiana ta ma wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę – co pozostaje aktualne w niniejszej sprawie – zmiana wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego staje się niezbędną. Zdaniem Sądu, rzeczona zmiana nie powinna być zatem odwlekana w czasie przez narzucenie ograniczeń w zakresie możliwości złożenia stosownego wniosku o dokonanie waloryzacji. W piśmiennictwie podkreśla się, iż przepis art. 436 pkt 4 lit. b Pr.zam.publ. przewiduje automatyczną waloryzację w przypadku zmian w nim określonych (zob. M.Sieradzka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, teza 7 do art. 436). W wyroku z dnia 4 września 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że terminy wejścia w życie i zakres zmiany wynagrodzenia winny być uzależnione od treści i daty wejścia w życie przepisów prawa, wprowadzających zmiany do regulacji dotychczasowych i nie powinny być zależne od woli jednej ze stron stosunku prawnego. Celem regulacji art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie obu stronom umowy pewności, że w razie zaistnienia zmiany stosownych przepisów, treść umowy zostanie odpowiednio dostosowana do tej zmiany. Temu służy zawarcie w postanowieniach umowy automatycznych mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Automatyzm tych mechanizmów polega jednak na tym, że konsekwencje dokonanych zmian wynagrodzenia muszą znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy, odpowiednio w terminie, w którym zmiany te weszły w życie (zob. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2018 r., sygn. akt KIO 1601/18).

w zakresie powyższego pkt 2):

Odwołujący podnosi, że wartość zmiany na poziomie 5% wartości umowy jest bardzo niska. Tymczasem zmiana wynagrodzenia na poziomie 10%, jest kwalifikowana w Pzp jako nieistotna zmiana umowy. Wobec powyższego, skoro zmiana na poziomie 10% jest kwalifikowana jako nieistotna to tym samym dowodzi to, że Zamawiający nie zapewnił w umowie rzeczywistej równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami. Zamawiający zobowiązał się do dokonywania co najwyżej nieistotnej podwyżki wynagrodzenia wykonawcy. Klauzula spełniająca wymogi art. 439 Ustawy wymaga od Zamawiającego stworzenia klauzuli realnie i sprawiedliwie rekompensującej zmiany kosztów wykonania zamówienia. Zamawiający na mocy ww. klauzuli zdjął z siebie ciężar ponoszenia kosztów ww. zmian a zobowiązał się wyłącznie do ponoszenia kosztów w wysokości uważanej za nieistotne. Odwołujący przewiduje, że chociażby ze względu na zmiany cen usług niezbędnych do wykonania zamówienia koszt wykonania zamówienia wzrośnie co najmniej o 27 % w perspektywie 14 miesięcy. Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dn.

31 stycznia 2023 r. (sygn. akt: KIO 133/23) *limit waloryzacji wynagrodzenia (...) do 20% to w ocenie Izby poziom (...) rozsądny w świetle zasad doświadczenia życiowego, a także uwzględnia aktualny poziom inflacji i jej możliwy wpływ na koszt realizacji zamówienia.*

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że ustalona w umowie maksymalna graniczna wartość partycypacji Zamawiającego w pokryciu wzrostu ww. cen jest niewystarczająca, niedostosowana do rzeczywistych warunków realizacji kontraktu a jej celem jest zniesienie obowiązku Zamawiającego do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o art. 439 Ustawy.

w zakresie powyższego pkt 3):

Odwołujący podnosi, że tak wysoka zmiana cen materiałów lub środków używanych do realizacji zamówienia ma charakter niezwykle rzadki, incydentalny i zwykle wywołana jest nadzwyczajnymi okolicznościami. Jak dotychczas tak wysoka zmiana cen ww. materiałów i środków nastąpiła po wybuchu epidemii Covid. Odwołujący zauważa, że tak wysoki wzrost ww. cen nie występuje jednak w czasie trwania innego zdarzenia nadzwyczajnego, którym jest wojna na Ukrainie. Tego rodzaju wzrosty nie występowały nigdy w czasie zwykłego pozbawionego zdarzeń nadzwyczajnych) funkcjonowania gospodarki. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że Zamawiający uzależnia dokonanie zmiany umowy od wystąpienia zjawisk o charakterze siły wyższej, co jest niezgodne z celem art. 439 Ustawy. Odwołujący zwraca uwagę, że usunięciu skutków oddziaływania siły wyższej na realizację kontraktu służy art. 455 ust. 1 pkt 4 Ustawy a nie art. 439. Określenie wskaźnika wzrostu cen na charakterystycznym dla zjawiska nadzwyczajnego i nieprzewidywalnego jako warunku waloryzacji służy obejściu przepisów prawa. Warunek ten jest wygórowany i jego wyłącznym celem jest przerzucenie na wykonawcę całkowitego ryzyka zmiany cen na rynku.

Celem art. 439 Ustawy jest ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji. Tym samym poziom wzrostu ustalony w ww. klauzuli, w ocenie Odwołującego, ze względu na ową „niewystępowalność” i niskie prawdopodobieństwo wystąpienia oraz nadzwyczajność, powoduje, że ww. klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 pzp i przepisami Kodeksu cywilnego. Tak ustalony wymóg co do wzrostu cen powoduje, że uzyskanie waloryzacji jest niemożliwe. Klauzula zawiera więc warunek niemożliwy do spełnienia. Tego rodzaju zastrzeżenie jest niezgodne z art. 58 kodeksy cywilnego i nadto jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego. Odwołujący zwraca uwagę na art. 94 ustawy Kodeks cywilny zgodnie, z którym *Warunek niemożliwy, jak również warunek przeciwny ustawie lub zasadom współżycia społecznego pociąga za sobą nieważność czynności prawnej, gdy jest zawieszający; uważa się za niezastrzeżony, gdy jest rozwiązujący.* Wobec powyższego umowa w ogóle nie zawiera wymaganej w art. 439 Ustawy klauzuli waloryzacyjnej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zwraca również uwagę, że zgodnie z § 3 ust. 1 lit. a) wzory umowy do ustalenia ww. wskaźnika zmiany cen nie są wliczane usługi niezbędne do wykonania zamówienia. Odwołujący zwraca uwagę, że do wykonania zamówienia konieczne jest korzystanie z usług podwykonawców. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia

wykonawca zobowiązany jest m.in. do *utrzymania i konserwacji terenów zielonych wokół szpitala i pawilonu a w okresie zimy usuwanie śniegu i lodu z miejsc parkingowych, placów, chodników, płyty łądowiska i dróg dojazdowych środkami chemicznymi (...) oraz wywóz odpadów komunalnych i utrzymanie czystości wokół miejsc przeznaczonych do składowania odpadów* (rozdz. I pkt 1 SWZ). Zgodnie z literalną treścią ww. postanowienia umownego § 3 ust. 1 lit. a) wzory umowy wartość usług utrzymania zieleni oraz wywozu odpadów nie będzie wliczana do wartości wskaźnika wzrostu cen. Odwołujący zwraca uwagę, że ceny ww. usług są mniej zależne od materiałów i środków przy pomocy których są realizowane a bardziej od innych czynników takich jak koszty energii i trzymania maszyn, koszty zatrudnienia specjalistów, opłaty dotyczące wywozu i odbioru odpadów komunalnych i zielonych w danej gminie. Zmiany ww. kosztów w ogóle nie są brane pod uwagę przy ustaleniu wskaźnika zmiany cen, o których w ww. § 3 ust. 1 lit. a) wzory umowy. Na skutek powyższego zabiegu (wycięcie części kosztów wykonania zamówienia z podstawy wskaźnika) Odwołujący został pozbawiony możliwości wykazania rzeczywistego wzrostu kosztów wykonania zamówienia. Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, że ww. wskaźnik nie tylko jest ustalony na nierealnie wysokim poziomie, ale ponadto dotyczy tylko niektórych materiałów i środków niezbędnych do realizacji kontraktu. Wskaźnik ten jest wybiórczy i nie służy zmierzeniu rzeczywistego wzrostu kosztów, ale uwolnieniu Zamawiającego od udzielenia waloryzacji. Odwołujący zwraca uwagę, że ceny ww. usług wyłączonych ze wskaźnika, o którym mowa w § 3 ust. 1 lit. a) wzory umowy w ostatnim roku wzrosły o średnio 31%. Odwołujący zwraca również uwagę, że do wykonania zamówienia konieczne są również inne usługi, które nie są wprost wymienione w SWZ takie naj np.: koszty pralni; koszty transportu, koszty administracyjne, w tym koszty obsługi kadrowo – płacowej. Przewidywany wzrost wartości cen ww. usług wynosi 23%. Również i ta wartość nie może być wliczona zgodnie z literalną treścią § 3 ust. 1 lit. a) wzory umowy do wartości wskaźnika 20%. Odwołujący podnosi, że na skutek przywołanych wyłączeń ww. usług wskaźnik z § 3 ust. 1 lit. a) wzory umowy jest sztucznie zaniżany.

Odwołujący wskazuje, że tak nisko ustalony maksymalny poziom zmiany wynagrodzenia w żaden sposób nie rekompensuje zmiany kosztów wykonania zamówienia. Poziom ten nie koresponduje z aktualnym wskaźnikiem inflacji, ani z żadnym innym wskaźnikiem, który mógłby potwierdzać, że współfinansowanie zmienionych kosztów wykonania zamówienia na ww. poziomie ma charakter realny i rzeczywisty.

w zakresie powyższego pkt 4)

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 Ustawy. Klauzula nie zawiera regulacji o sposobie ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym klauzula ta jest niezgodna z Ustawą. Przywołana klauzula nie odsyła do żadnego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, ani też do innej podstawy, która ma służyć do dokonania zmiany (aktualizacji) wynagrodzenia wykonawcy. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie został w ogóle wskazany ww. klauzuli.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 w umowie określa się sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności

wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia.

Klauzula wprowadzona przez Zamawiającego do wzoru umowy nie zawiera ww. regulacji.

Odwołujący na podstawie ww. klauzuli waloryzacyjnej nie wie w jaki sposób i na jakich zasadach jego wynagrodzenie zostanie zindeksowane.

Odwołujący zaznacza również, że klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 439 Ustawy nie ma charakteru negocjacyjnego. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu klauzula ta musi zwierać jednoznacznie określone miary i wskaźniki, zgodnie z którymi przeprowadzona zostanie indeksacja wynagrodzenia wykonawcy. Ustawa wymaga, aby wskazane parametry (miary i wskaźniki) zostały ujawnione w treści SWZ. Zastosowanie odmiennej interpretacji przepisu art. 439 Ustawy jest sprzeczne nie tylko z jego literalną wykładnią, ale także z art. 454 i 455 Ustawy. Przepisy zakazują bowiem dokonywania dowolnej zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany o charakterze istotnym.

Odwołujący zwraca również uwagę, że zgodnie z Dyrektywą Klasyczną *Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej (...)*. (Preambuła dyrektywy 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna), pkt 111). Ze względu na powyższe niezgodne z prawem jest formułowanie klauzul waloryzacyjnych niedookreślonych, negocjacyjnych lub umożliwiających stronom dowolną konwersję postanowień umowy. Niedopuszczalnym jest więc pozostawianie niedookreślonych, lub nieopisanych elementów klauzuli indeksacyjnej określających sposób wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy po aktualizacji.

Odwołujący zaznacza ponadto, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy, wykonawca na podstawie postanowień wzorca umowy, powinien uzyskać wiedzę jaki poziom ryzyka związanego ze zmianą poziomu cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia zobowiązany będzie sfinansować samodzielnie, a w której części ww. ryzyka i w jakiej wysokości będzie partycypował Zamawiający. Klauzula zawarta we wzorze umownym nie zawiera ww. informacji. Tym samym klauzule sformułowana przez Zamawiającego jest również z tego powodu wadliwa.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy nie jest dopuszczalne wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne zapisu „otwartego”, umożliwiającego zmianę wynagrodzenia na zasadach ustalonych (sprecyzowanych, zdefiniowanych) przez strony po zawarciu umowy lub jednostronnie przez Zamawiającego. Wprowadzenie do SWZ tego typu „otwartych” postanowień nie stanowi wykonania przez Zamawiającego obowiązków, o których mowa w art. 439 Ustawy. Przeciwnie sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest czynnością sprzeczną z Ustawą, która jako taka wywołuje skutek, o którym mowa w art. 58 § 1 kc. Ponadto sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest również niezgodne z art. 353¹, gdyż stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, przejawiające się

w kształtowaniu niedozwolonych ze względu na przepisy Ustawy klauzul waloryzacyjnych, które nie gwarantują ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron.

Odwołujący zaznacza równocześnie, że przepis art. 439, w tym także art. 439 ust. 2 Ustawy na charakter *ius cogens*. Wobec powyższego Zamawiający nie jest uprawniony w drodze jednostronnego oświadczenia lub decyzji zwolnić się z obowiązków sformułowania w treści SWZ postanowień wymaganych dyspozycją przywołanego przepisu.

Odwołujący zwraca również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.01.2022 r. (sygn. akt: KIO 3600/21) oraz zawarte w tymże wyroku uzasadnienie zgodnie, z którym: „Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, *Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca*. 2021, nr 9].

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, *klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.*

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych

w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.” (podkreślenie dokonane przez Odwołującego).

- 1.4. 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 określonym 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 z jednej strony stawiających bardzo wysokie wymagania (wzrost dowolnego co do okresu wskaźnika inflacji do poziomu co najmniej 15%) a z drugiej zobowiązujących do kosmetycznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy (5% wartości brutto umowy). Odwołujący podkreśla, że na skutek ww. klauzuli Zamawiający podwójnie zabezpieczył się przed rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu co jest całkowicie sprzeczne z celem przepisem art. 439 Ustawy. 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.
- 1.5. Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.
- 1.6. 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.

- 1.7. Odwołujący zaznacza także, że przerzucanie na wykonawcę całości 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 całości 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.
- 1.8. Odwołujący wnosi zatem jak w petitum o zmianę postanowień umowy, w tym w szczególności o zmianę w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost cen materiałów lub kosztów w stosunku do cen/kosztów, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia oraz, aby w wyniku złożonego wniosku wykonawcy przysługiwał wzrost wynagrodzenia.

2. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – DOŚWIADCZENIE

- 2.1. Zgodnie z dokumentami postępowania wykonawca zobowiązany jest wykazać, że:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy składający ofertę wykazali się, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem co najmniej jednej usługi o zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia (sprzątanie placówek użyteczności publicznej) o wartości co najmniej 300.000 zł.

- 2.2. Odwołujący podnosi, że ww. warunek jest sprzeczny z celem, które powinny realizować warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający, na skutek ww. warunku dopuścił do udziału w postępowaniu każdy podmiot, który wykonywał czynności sprzątania w obiekcie użyteczności publicznej. Przywołany warunek pozwala ubiegać się o zamówienie np. wykonawcy, który sprzątał dowolny urząd. Oczywistym skutkiem tak ustalonego warunku jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nigdy nie świadczyli usługi na rzecz żadnego podmiotu leczniczego a przede wszystkim wykonawców niedających gwarancji należytego wykonania zamówienia. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza również, że w przypadku sporu co do treści warunku, w sprawie zastosowanie znajdzie zasada zgodnie z którą wątpliwości interpretacyjne, niedające się usunąć w drodze ogólnych zasad wykładni oświadczeń woli, interpretowane są na niekorzyść autora tekstu. Wobec powyższego w postępowaniu nie został *de facto* ustalony żaden warunek, który eliminowałby z postępowania wykonawców niedających gwarancji należytego wykonania zamówienia.
- 2.3. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 112 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału Zamawiający, w granicach zakreślonych przez wyżej przywołany art. 112 i 116 pzp, definiuje cechy podmiotu (właściwości wykonawcy), jakie są niezbędne do uznania, że daje on gwarancję wiarygodności. Warunki, o których mowa w art. 112 i 116 pzp, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają bowiem na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do

należytego wykonania udzielanego zamówienia. Za taką wykładnią przemawia redakcja przepisu art. 112 i 116 pzp, a także cel, dla którego został on wprowadzony. W art. 112 ustawy Pzp ustawodawca określił jakiego rodzaju warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien spełnić wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu. „*Sama idea warunków udziału związana jest ze sprawdzeniem wiarygodności wykonawcy do ewentualnego wykonania zamówienia. W świetle przepisów art. 22 Pzp wykonawca powinien wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy wymagają ich posiadania; doświadczenia i wiedzy w zakresie objętym postępowaniem; potencjału technicznego oraz kadrowego wreszcie sytuacją ekonomiczną i finansową, pozwalającą na wykonanie zadania. Warunki zawarte w art. 22 Pzp są określane w judykaturze oraz doktrynie prawnej mianem pozytywnych, ponieważ z ich spełnieniem wiąże się możliwość udziału w postępowaniu. Jednocześnie z uwagi na ogólnikowe określenie warunków w art. 22 Pzp, Zamawiający przygotowując postępowania konkretyzuje je w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ*” (por., radca prawny Paweł Banasik, <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/zamawiajacy-moze-okreslic-warunki-udzialuodrebnie-dla-kazdej-z-czesci-postepowania>, wyrok KIO 1240/15).

Zamawiający nie precyzując warunków udziału w przetargu może mieć kłopot z oceną, które zamówienie spełnia określony wymóg, a wykonawcy zainteresowani zamówieniem pozostają w stanie niepewności, czy posiadane przez nich doświadczenie zostanie uznane przez Zamawiającego za podobne do przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta może prowadzić do sytuacji, w której ogólny warunek będą spełniać wykonawcy, którzy nie mają praktycznego doświadczenia niezbędnego do należytego wykonania zamówienia. Poszukując dodatkowego uzasadnienia do przedstawionego stanowiska odwołać się można do opinii Urzędu Zamówień Publicznych (udzielonej co prawda w odniesieniu do treści art. 22 ust. 5 wprowadzonego ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2012, poz. 1271)- jednak nadal zachowującego swoją aktualność]. Jak wynika z opinii Urzędu Zamówień Publicznych, „wprowadzenie powyższego rozwiązania do ustawy Pzp wynikało przede wszystkim ze zgłaszanej potrzeby wzmocnienia mechanizmu weryfikacji wykonawców pod kątem zapewnienia właściwej realizacji zamówień publicznych. Zapewnienie należytego wykonania zamówienia publicznego, a tym samym ograniczenie ryzyka związanego z realizacją umów w sprawie zamówienia publicznego, leży nie tylko w interesie zamawiającego, ale przede wszystkim w interesie publicznym ze względu na fakt, iż poprzez realizację zamówienia publicznego zaspakajane są często potrzeby o charakterze powszechnym. Stąd też sprawna i niezakłócona realizacja zamówienia publicznego wpływa na zakres i poziom zaspakajania tych potrzeb” (Informator UZP 2/2013, https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0020/24284/Informator_nr_2_2013.pdf). Wskazano tam również, że „istota wprowadzenia przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp sprowadza się do wyraźnego podkreślenia celu, jakiemu służyć mają warunki udziału w postępowaniu, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania, a mianowicie zapewnieniu wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia” (Informator UZP 2/2013, https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0020/24284/Informator_nr_2_2013.pdf).

Podsumowując powyższe, można wskazać, że: „a. Celem warunków i ich opisu jest weryfikacja wykonawcy pod kątem jego zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a więc oceny zdolności wykonania zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego w SWZ. (...) e. Kryteria weryfikacji i minimalne zdolności wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunków powinny być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wymóg zachowania proporcjonalności opisu w stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza zakaz formułowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalnych do oceny możliwości należytej realizacji zamówienia w okolicznościach danego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego złożoności, zakresu wymaganych wiadomości, pożądanych umiejętności specjalnych, czy też rozmiaru udzielanego zamówienia. Jednocześnie pamiętać należy, iż przepis art. 22 ust. 1a ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek takiego kształtowania warunków, aby nie dyskryminować podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia poprzez wprowadzanie warunków nadmiernych. Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy zatem rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru. Dlatego też, Zamawiający powinien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a ponadto nie może doprowadzić do faworyzowania jednych a tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Wobec powyższego, konieczne jest zapewnienia równowagi między interesem Zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękami należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można z góry eliminować z udziału w postępowaniu poprzez wprowadzanie nadmiernych i nieadekwatnych wymagań. W podobnym tonie wypowiada się Sąd Okręgowy w Świdnicy w wyroku z dnia 20 grudnia 2005 r., sygn. akt: Ca 584/05. Zamawiający jako gospodarz prowadzonego przez siebie postępowania, w celu zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest, aby wymagać od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Istotne jest, aby były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

2.4. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że postawienie zbyt małych wymagań w zakresie

warunków udziału w postępowaniu, a tym samym wymagań przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu sprzeciwia się narzuconemu przez przepisy ustawy Pzp obowiązkowi Zamawiającego rzetelnego badania zdolności wykonawców do realizacji danego zamówienia. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza powyższe konstatacje, i tak warto wskazać na wyrok z dnia 2 lutego 2015 r. o sygnaturze akt: KIO 61/15, gdzie Izba wskazała, że *„opisane przez Zamawiającego w treści SIWZ warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia służą wyłonieniu grona wykonawców, którzy poprzez wykazanie ich spełnienia mają potwierdzić, że ich kondycja, potencjał i zdolności gwarantują należyte wykonanie zamówienia. W przypadku, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie podoła obowiązkowi wykazania spełniania tych warunków, Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest zobligowany do wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”*. Tymczasem zbyt małe wymagania w zakresie udziału w postępowaniu – warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej lub technicznej - nie stanowią wystarczającego narzędzia do prawidłowej weryfikacji wykonawców w tym postępowaniu. Należy bowiem wskazać, iż o udzielenie zamówienia będą mogły ubiegać się również podmioty, które nie posiadają odpowiedniego a wręcz żadnego doświadczenia w realizacji usługi będącej przedmiotem postępowania, które nie miały w tym nigdy do czynienia ze specyfiką świadczenia tego typu usług.

2.5. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określony został w SWZ. W przywołanych dokumentach Zamawiający określił przedmiot zamówienia oraz jego istotne cechy, w tym m. in. szczegóły dotyczące wykonywania usługi, parametrów środków czystości, zakresu obowiązków personelu zatrudnionego do świadczenia usługi. Wobec powyższego należy podkreślić, że jedynie wykonawca, który należycie realizował usługi kompleksowego utrzymania czystości tego rodzaju, posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie dla realizacji usługi określonej w przedmiocie zamówienia dla tego postępowania. Według reguł znaczeniowych języka polskiego, doświadczenie to umiejętności oraz wiadomości zdobyte na podstawie obserwacji, przeżyć, wydarzeń. Doświadczenie wynika z określonych zdarzeń, które zaistniały w przeszłości, a nie ze zdarzeń przyszłych. Dodatkowo pewnego rodzaju usługi nie mogą zostać wykonane jednorazowo, w krótkim okresie czasu. Jeżeli zatem nie można wykonać czegoś na raz, to i nie można nabyć odpowiednio dużego doświadczenia w krótkim okresie czasu. Reasumując nie można posiadać doświadczenia o ile nie wykonało się jeszcze pewnego zakresu prac wynikającego z zawartych umów. Warto podkreślenia, w ocenie Odwoływającego, jest przy tym, że nie sposób uznać, jakoby wykonanie jednej usługi oznaczało, że wykonawca posiada należyte wiedzę i doświadczenie do realizacji tego zamówienia. Należy w tym miejscu położyć nacisk na wyraz „doświadczenie”, czyli posiadanie pewnej wiedzy, którą można uzyskać tylko przez wielokrotne wykonywanie pewnego rodzaju czynności. Istotna jest tutaj pewna powtarzalność, czyli te minimum w liczbie miesięcy wykonywanej usługi o określonej wielkości, która daje rękojmię, iż wykonawca wykona zamówienie w sposób prawidłowy i rzetelny. W ocenie Odwoływającego, na co wskazuje również przegląd orzecznictwa KIO dopiero wielokrotne należyte wykonanie usługi danego rodzaju może świadczyć o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia.

2.6. Ponadto, Odwoływający zwraca uwagę, że w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie warunków udziału

w postępowaniu, czy opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwi niektórym wykonawcom złożenia oferty, a innych postawią w uprzywilejowanej pozycji. Oznacza to, iż zamówienie nie musi być w równym stopniu „wygodne” dla wszystkich podmiotów, czy dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju lub przebiegu działalności. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać sam fakt, iż na rynku istnieją podmioty które w świetle przyjętego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia. Na poparcie przywołanego stanowiska tytułem przykładu przywołać można wyrok KIO z dnia 30 maja 2017 r., sygn. akt KIO 1028/17 „Wyrażając więc opinię w sprawie Izba miała na uwadze płynące z orzecznictwa wytyczne badania zachowania proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia należy dokonywać pod kątem ustalenia, czy nie był nadmierny dla oceny zdolności wykonawcy zdobytych dotychczas przy realizacji przedmiotowo podobnych zamówień na rzecz innych podmiotów. Na wstępie wartym zauważenia jest stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 08.05.2014 r., sygn. XII Ga 211/14, iż „Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać warunek ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na całość przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TS, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nie nadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny”. Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności postawionego warunku, gdy jego działania pozwalają na

uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia.”

2.7. Podsumowując dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców niedoświadczonych, nie znających specyfiki świadczenia usług kompleksowej usługi utrzymania spowoduje złożenie w postępowaniu ofert, które mogą być niedoszacowane, co będzie rodziło dalsze skutki dla Zamawiającego na etapie realizacji umowy. Jak wynika więc z powyższego, Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikowania, czy wykonawcy ubiegający się o zamówienie posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, winien wprowadzić tzw. pozytywne warunki udziału w postępowaniu. W tym konkretnym postępowaniu brak odpowiedniej wiedzy Wykonawcy stwarza realne zagrożenie dla zdrowia i życia pracowników Wykonawcy jak i Zamawiającego. Na tej zasadzie żądanie Odwołującego w zakresie postawienia przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu co do posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, jest w pełni zasadne.

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.