

Łódź, dnia 28 kwietnia 2022 roku

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

Zamawiający: **Szpital Powiatowy we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji**
ul. Słowackiego 2, 62-300 Września
KRS: 0000290122
Tel.: +48 614370537
Faks: +48 614379730
E-mail: sekretariat@szpitalwrzesnia.home.pl
www.szpitalwrzesnia.home.pl

Odwołujący: **Izan + Sp. z o.o.**
z siedzibą w Krakowie
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
KRS: 0000171397
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Żaklina Pasternak
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i transportu wewnętrznego w Szpitalu Powiatowym we Wrześni Sp. z o.o. w restrukturyzacji”, ogłoszonego w suplemencie do dziennika urzędowego Unii Europejskiej w dniu 20 kwietnia 2022 roku pod numerem 2022/S 077-209971, numer referencyjny: SA-381- 4 /22.

ODWOŁANIE

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

- I. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienia umowy, tj.:
 - 1) treść opisu przedmiotu zamówienia;
 - 2) nieprawidłowe zastrzeżenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia;
 - 3) nieprawidłowe określenie dopuszczalnych zmian w umowie;
 - 4) wewnętrzną sprzeczność w SWZ;
 - 5) zastrzeżenie rażąco wygórowanego limitu kar umownych.

- II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** przez określenie w projektowanych postanowieniach umowy postanowienia przewidującego po stronie Zamawiającego prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron
- ewentualnie, na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że komentowane postanowienie nie stanowi projektowanego postanowienia umowy, zarzucam Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp przez określenie w opisie przedmiotu zamówienia postanowienia przewidującego po stronie Zamawiającego prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, na skutek czego nie można takiego opisu przedmiotu zamówienia uznać za dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
2. **art. 455 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp** przez określenie w projektowanych postanowieniach umowy postanowień przewidujących dopuszczalne zmiany umowy w przypadku zmiany zakresu usług w przypadku zmian organizacyjnych i restrukturyzacyjnych u Zamawiającego, remontów lub adaptacji, powodujących wyłączenie/włączenie ze sprzątnięcia komórek organizacyjnych lub zmianę wielkości sprzątnięcia powierzchni w poszczególnych strefach, bez wskazania zakresu dopuszczalnych zmian, ewentualnie – przez nieprecyzyjne wskazanie zakresu dopuszczalnych zmian,
3. **art. 134 ust. 1 pkt 4 i 20 Pzp** przez zawarcie w SWZ sprzecznych ze sobą wzajemnie postanowień w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i projektowanych postanowień umowy,
4. **art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 Kc oraz art. 5 Kc w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kc** poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę.

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 oraz 3 – zmiany załącznika nr 3 do SWZ przez wykreślenie pkt. 10.5 i 10.6,
- 2) w zakresie zarzutu nr 2 – zmiany załącznika nr 8 do SWZ w jego § 12 ust. 1 pkt 1 lit. b) przez nadanie mu następującego brzmienia:
[...] zmianą zakresu usług w przypadku zmian organizacyjnych i restrukturyzacyjnych u Zamawiającego, remontów lub adaptacji, powodujących wyłączenie/włączenie ze sprzątnięcia komórek organizacyjnych lub zmianę wielkości sprzątnięcia powierzchni w poszczególnych strefach, przy czym zakres zmian nie może przekroczyć 20% wartości wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 2 ust. 2;

- 3) w zakresie zarzutu nr 2 – zmiany załącznika nr 8 do SWZ w jego § 12 ust. 1 pkt 4 przez jego wykreślenie,
 - 4) w zakresie zarzutu nr 4 – zmiany załącznika nr 8 do SWZ w jego § 8 ust. 4 przez ograniczenie wysokości zastrzeżonej tam łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, jakich może dochodzić Zamawiający, z wysokości 30% do wysokości 10%,
- IV. **wnoszę o zasądzenie** od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym wniesionego wpisu od odwołania i uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- V. **Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania**, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uzasadnienie

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 20 kwietnia 2022 r.

Poniżej Odwołujący podaje szczegółowe powody, dla których zarzuty odwołania znajdują uzasadnienie.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

W załączniku nr 3 do SWZ – opis przedmiotu zamówienia, pkt 10.5 i 10.6 Zamawiający wskazał, co następuje:

10.5 Zakres usług zamieszczony w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” może ulec zmianie w

10.6 przypadku zmian organizacyjnych i restrukturyzacyjnych u Zamawiającego, remontów lub adaptacji, powodujących wyłączenie ze sprzątnia komórek organizacyjnych lub zmianę wielkości powierzchni w poszczególnych strefach. O wprowadzeniu zmian Zamawiający uprzedzi pisemnie Wykonawcę w terminie 3 dni przed planowanymi zmianami, nie dotyczy sytuacji awaryjnych. W przypadku wprowadzenia powyższych zmian, zmianie ulegnie również cena za usługę (zgodnie z cenami jednostkowymi za sprzątnie pomieszczeń w poszczególnych strefach);

Zgodnie zaś z art. 433 pkt 4 Pzp, *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

[...]

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

Jak zaś wynika z powyższego postanowienia, Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do dowolnego co do skali wyłączenia ze sprzątnia określonych komórek organizacyjnych lub do dowolnej zmiany wielkości powierzchni w poszczególnych strefach, w sposób jednostronny, za 3-dniowym uprzedzeniem wykonawcy. Dopuszczalność prawna takiego postanowienia, zgodnie z powyżej cytowanym przepisem, uzależniona jest od wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, czemu Zamawiający uchybił.

W konsekwencji, niniejszy zarzut jest uzasadniony, gdyż w dokumentach zamówienia znalazło się zakazane postanowienie. Zdaniem Odwołującego, bez znaczenia jest przy tym, czy takie postanowienie zostało formalnie ujęte przez Zamawiającego w treści dokumentu o nazwie „Projektowane postanowienia umowy”, czy też w innym – w tym wypadku w załączniku do SWZ dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia – skoro z treści tego postanowienia wynika, że jest ono postanowieniem umownym, a nie innym elementem dokumentów zamówienia. Gdyby było inaczej, zamawiający w bardzo prosty sposób omijałby przepis art. 433 Pzp, zawierając zakazane postanowienia umowne wśród innych postanowień SWZ niż wzór umowy.

Z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przedmiotowy zarzut jest niezasadny, gdyż formalnie komentowane postanowienie nie znalazło się w projektowanych postanowieniach umowy, lecz zostało wpisane do treści opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący podtrzymuje ten zarzut jako naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp. Brak wskazania w dokumentach zamówienia ściśle, jak duże mogą być wahania skali przedmiotu zamówienia, narusza bowiem także te przepisy. Wykonawca, dysponując takim opisem przedmiotu zamówienia, nie jest w stanie przygotować rzetelnej oferty, gdyż nie ma żadnych gwarancji co do rozmiaru przedsięwzięcia, a ten wyznacza cenę ofertową jako jeden z najważniejszych czynników. Na skutek tak skonstruowanego postanowienia wykonawca nie ma bowiem żadnej gwarancji, iż czasowe wyłączenia części powierzchni z realizacji zamówienia nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego. Wykonawca zobowiązany zaś jest ponieść określone koszty stałe, takie jak nabycie i utrzymanie określonej ilości środków czystości i sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagle ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali – koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości – w rezerwie – określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości, a asortyment (np. zakupione środki czystości) może utracić datę przydatności do użycia.

W konsekwencji, taki stan rzeczy, wbrew treści art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, gdyż premiuje wykonawców o silnej sytuacji ekonomicznej, którzy są w stanie ponieść ryzyko nagłych, nieprzewidzianych co do skali wahań rozmiaru przedmiotu zamówienia. Ponadto, uzyskane w postępowaniu oferty mogą się okazać nieporównywalne, gdyż każdy wykonawca będzie na inny sposób uwzględniał ową niepewność w treści oferty.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W § 12 ust. 1 pkt 1 lit. b) załącznika nr 8 do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający przewidział następujące postanowienie:

1. Dopuszczalne zmiany umowy:

1) dopuszczalna jest zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany spowodowanej:

[...]

b) zmianą zakresu usług w przypadku zmian organizacyjnych i restrukturyzacyjnych u Zamawiającego, remontów lub adaptacji, powodujących wyłączenie/włączenie ze sprzątnia komórek organizacyjnych lub zmianę wielkości sprzątanym powierzchni w poszczególnych strefach

[...].

Zgodnie zaś z art. 455 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

*a) określają rodzaj i **zakres zmian**,*

[...].

Wyżej komentowane postanowienie umowy nie spełnia przesłanek powołanego przepisu, nie przewidziano w nim bowiem zakresu projektowanych zmian. Wykonawca nie wie zatem, jakiej skali zmiany rozmiaru przedmiotu zamówienia może się spodziewać w drodze zmiany umowy już po jej zawarciu.

Nawet zaś, jeśli przyjąć, że zakres zmian został ujęty w komentowanym postanowieniu przez wskazanie, że dotyczyć one będą włączonych bądź wyłączonych ze sprzątnia komórek organizacyjnych, to zakres taki jest nieprecyzyjny, co uchybia treści wprowadzenia do wyliczenia w przepisie art. 455 ust. 1 pkt 1. Dopuszczalna jest bowiem tylko taka zmiana umowy, która w dokumentach zamówienia została określona w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny. Skoro zaś brak jest wskazania dopuszczalnej skali zmiany, nie sposób ją uznać za spełniającą powyższe kryteria.

Powyższe ma istotne znaczenie w kontekście brzmienia art. 458 Pzp: *Zmiana umowy podlega unieważnieniu, jeżeli została dokonana z naruszeniem art. 454 i art. 455. W takim przypadku stosuje się postanowienie umowne w brzmieniu obowiązującym przed tą zmianą.* Przewidywane zmiany umowy powinny zatem zostać opisane przez Zamawiającego w zgodzie z przepisem art. 455 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp pod rygorem uznania ich za nieważne w razie ich ewentualnego dokonania.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Jak widać już z uzasadnienia dwóch poprzedzających zarzutów, SWZ zawiera postanowienia sprzeczne ze sobą wzajemnie. Z jednej bowiem strony w załączniku nr 3 do SWZ – opis przedmiotu zamówienia, pkt 10.5 i 10.6 Zamawiający wskazał, co następuje:

10.5 Zakres usług zamieszczony w „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia” może ulec zmianie w

10.6 przypadku zmian organizacyjnych i restrukturyzacyjnych u Zamawiającego, remontów lub adaptacji, powodujących wyłączenie ze sprzątnia komórek organizacyjnych lub zmianę wielkości powierzchni w poszczególnych strefach. O wprowadzeniu zmian Zamawiający uprzedzi pisemnie Wykonawcę w terminie 3 dni przed planowanymi zmianami, nie dotyczy sytuacji awaryjnych. W przypadku wprowadzenia powyższych zmian, zmianie ulegnie również cena za usługę (zgodnie z cenami jednostkowymi za sprzątnie pomieszczeń w poszczególnych strefach);

W § 12 ust. 1 pkt 1 lit. b) załącznika nr 8 do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający przewidział zaś następujące postanowienie:

1. Dopuszczalne zmiany umowy:

1) dopuszczalna jest zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany spowodowanej:

[...]

b) zmianą zakresu usług w przypadku zmian organizacyjnych i restrukturyzacyjnych u Zamawiającego, remontów lub adaptacji, powodujących wyłączenie/włączenie ze sprzątnia komórek organizacyjnych lub zmianę wielkości sprzątnianych powierzchni w poszczególnych strefach [...].

Co więcej, postanowienie § 12 ust. 1 pkt 1 lit. b) zostało powtórzone dodatkowo w § 12 ust. 1 pkt 4 (o wykreślenie tego ostatniego Odwołujący wnosi w ramach zarzutu nr 2). § 12 ust. 5 stanowi zaś: *Zmiana postanowień zawartej umowy może nastąpić za zgodą obu stron wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności.*

W SWZ znalazły się zatem dwa, niezależne od siebie tryby postępowania w przypadku chęci ograniczenia bądź zwiększenia przez Zamawiającego zakresu przedmiotu zamówienia. Tryb opisany w załączniku nr 3 do SWZ jest trybem jednostronnym, komunikowanym wykonawcy przez Zamawiającego w sposób władczy (za 3-dniowym uprzedzeniem), zaś w załączniku nr 8 opisano tryb zmiany umowy, dwustronny, wymagający zgody wykonawcy pod rygorem nieważności.

W praktyce realizacji przedmiotowego zamówienia prowadzić to może do nierozwiązywalnych wątpliwości. W sytuacji bowiem, w której Zamawiający zwróci się do wykonawcy z komunikatem o zmianie zakresu przedmiotu zamówienia, wykonawca nie będzie wiedział, czy powinien natychmiast dostosować się do takiej zmiany, czy oczekiwać zawarcia aneksu. Co więcej, wykonawca nie będzie miał pewności, czy może na taką zmianę nie wyrazić zgody, skoro nie będzie miał pewności, czy w danej sytuacji ma do czynienia z zastosowaniem trybu jednostronnego (z opisu przedmiotu zamówienia) czy dwustronnego (z umowy).

Wszystkie wspomniane zapisy znalazły się w treści SWZ, gdyż dokument ten reguluje zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak i projektowane postanowienia umowy. Brak jest w treści SWZ rozstrzygnięcia, która jej część jest wiążąca w razie sprzeczności. § 18 projektowanych postanowień umowy wskazuje, że załączniki do SWZ stanowią integralną część umowy, co powoduje, że sprzeczność ta jest nieusuwalna w drodze przyznania któremukolwiek z przedmiotowych postanowień pierwszeństwa stosowania. Niedopuszczalna jest zatem sytuacja, w której treść SWZ jest sprzeczna wewnętrznie. Odwołujący proponuje rozwiązanie tej sytuacji przez wykreślenie postanowień pkt. 10.5 i 10.6 załącznika nr 3 do SWZ, a pozostawienia stosownych zapisów w umowie, z uwzględnieniem treści zarzutów nr 1 i 2 niniejszego odwołania, czyli ze wskazaniem zakresu dopuszczalnych zmian w umowie.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

W § 8 ust. 4 załącznika nr 8 do SWZ Zamawiający zastrzegł następujące postanowienie umowne:

Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 30% wartości wynagrodzenia brutto o którym mowa w § 4 ust. 3.

Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 8 projektowanych postanowień umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany. Relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje bowiem zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego pozwoli mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

W konsekwencji, zastrzeżenie tak wygórowanego limitu kar umownych nie czyni zadość ustawie Pzp, gdyż widać wyraźnie, że równowaga kontraktowa stron została skrajnie zaburzona.

Zamawiający korzysta w ten sposób z faktu, że umowy o zamówienie publiczne są nienegocjowalne co do treści. To nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu.

W załączeniu:

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