

Wrocław, dnia 10 lipca 2023 roku

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

Odwołujący:

Impel S.A.
ul. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław
KRS: 0000004185
NIP: 8990106769
Numer telefonu: 510015097
Adres poczty elektronicznej: e.sitarek@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Emilia Sitarek

Zamawiający:

Uniwersytet Warmińsko – Mazurski w Olsztynie
ul. Oczapowskiego 2, 10 – 719 Olsztyn
REGON: 510884205
tel. 89 524 51 81
osoba do kontaktu – Barbara Drozd, barbara.drozd@uwm.edu.pl,
Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:
<https://platformazakupowa.pl/pn/umw.edu>
Główny adres:
www.uwm.edu.p

ODWOŁANIE

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 tj.. z dnia 2022.08.16) składamy odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia oraz umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług sprzątnia pomieszczeń oraz obsługi portierni i szatni w budynkach Uniwersytetu Warmińsko–Mazurskiego w Olsztynie”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Ogłoszenie nr 2023/S 124-390999 z dnia 30 czerwca 2023 r.

Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

„Świadczenie usług sprzątnia pomieszczeń oraz obsługi portierni i szatni w budynkach Uniwersytetu Warmińsko–Mazurskiego w Olsztynie.”

Numer referencyjny: 200/2023/PN/DZP

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 Ustawy poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ
- 2) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) określonego w pkt VI.2.a) (dotyczący cz. 1) i pkt VI.2.b) (dotyczący cz. 2) SWZ poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający konkurencję,

- 3) 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 w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 4) art. 436 pkt. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wprowadzenia do umowy postanowienia w przedmiocie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych;,
- 5) art. 436 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z uwagi na zmianę stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego w oparciu o odpowiednią ustawę oraz w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne oraz w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych dopiero po 12 miesiącach od daty podpisania umowy,
- 6) art. 439 Ustawy, poprzez opisanie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów w sposób niezgodny z zasadami, określonymi w Ustawie,
- 7) art. 99 ust. 4 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień projektu umowy 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 pzp i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Nadto opracowane przez Zamawiającego postanowienia SWZ uniemożliwiają złożenie Odwołującemu prawidłowej i porównywalnej z innymi oferty, w opracowania tym kalkulacji oferty w sposób rzetelny, obejmujący w sposób możliwie pełny ryzyka, które mogą wystąpić w trakcie realizacji umowy. SWZ zawiera w projekcie umowy klauzule abuzywne, których istnienie wyklucza możliwość zawarcia ważnej prawnie umowy.

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 30.06.2023 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 15.000,00 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

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług sprzątnięcia pomieszczeń oraz obsługi portierni i szatni w budynkach Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie” w trybie przetargu nieograniczonego. Przygotowane przez niego zapisy

SWZ uniemożliwiają uczciwą konkurencję między wykonawcami, w sposób nieuprawniony zawężają krąg wykonawców, którzy mogą się o zamówienie ubiegać a nadto zawierają zakazane klauzule umowne, wbrew jednoznacznym zapisom ustawy PZP.

I

Zgodnie z postanowieniami rozdz. VI pkt 2 lit. a) oraz b) SWZ:

„VI. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(...)

2) spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej tj. w zakresie warunku wskazanego w art. 112 ust. 2 pkt. 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada zdolność techniczną lub zawodową.

Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

a) w zakresie doświadczenia dotyczy części I.

*Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w ww. zakresie, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonuje **trzy (3) usługi** w zakresie świadczenia usług sprzątnięcia powierzchni biurowych w budynkach biurowych lub budynkach szkół i instytucji badawczych lub budynkach szpitali i zakładów opieki medycznej o powierzchni minimum **50 000 m²**, trwającą minimum 12 miesięcy .*

b) w zakresie doświadczenia dotyczy części II.

*Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w ww. zakresie, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonuje **trzy (3) usługi** w zakresie świadczenia usług obsługi portierni i szatni w budynkach biurowych lub budynkach szkół i instytucji badawczych lub budynkach szpitali i zakładów opieki medycznej obejmujących **min. 30 budynków każda**, trwająca minimum 12 miesięcy.”*

Warunki w zakresie doświadczenia wykonawców w obu częściach zostały sformułowane w ten sposób, iż Zamawiający postawił minimalne wymagania, jakie wykonawcy muszą wykazać **łącznie** w czterech obszarach:

- 1) wymaganej liczby zrealizowanych zamówień – w każdym przypadku minimum 3,
- 2) czasu trwania każdego zamówienia – minimum 12 miesięcy,
- 3) w części I – w zakresie wielkości sprzątniętej powierzchni (minimum 50 000 m²), w części II – w zakresie liczby obsługiwanych budynków (min. 30 budynków każda),
- 4) ograniczenia możliwości wykazywania się doświadczeniem do wybranego przez Zamawiającego rodzaju powierzchni – w części I dopuszczalne jest wykazywanie doświadczenia tylko w zakresie świadczenia usług sprzątnięcia powierzchni biurowych w budynkach biurowych lub budynkach szkół i instytucji badawczych lub budynkach szpitali i zakładów opieki medycznej, a w części II - tylko w zakresie świadczenia usług obsługi portierni i szatni w budynkach biurowych lub budynkach szkół i instytucji badawczych lub budynkach szpitali i zakładów opieki medycznej.

Analiza powyższych wymogów prowadzi do wniosku, że Zamawiający sformułował w sposób wysoce kazuistyczny warunki, których spełnienie umożliwi wykonawcom ubieganie się o zamówienie. W ten sposób doszło do ograniczenia kręgu wykonawców, którzy są w stanie powyższe warunki spełnić. I co istotne, warunki te nie są powiązane z przedmiotem zamówienia.

Warunek doświadczenia w zadaniu I – czyli realizację 3 zadań przez 12 miesięcy na co najmniej 50 000 m² sprzątnięcia powierzchni biurowych w budynkach biurowych lub budynkach szkół i instytucji badawczych lub budynkach szpitali i zakładów opieki medycznej, skonfrontować należy z treścią załącznika nr 1 do SWZ. Zamawiający określił na stronie 2 przedmiot zamówienia w następujący sposób – boldowanie dokonane przez Odwołującego:

„Obiekty UWM należy sprzątać po skończonych zajęciach wg poniższego schematu:

– Co do zasady wskazane pomieszczenia dydaktyczne, ciągi komunikacyjne i toalety – codziennie, tj. wszystkie dni w miesiącu, również w soboty i niedziele (kiedy odbywają się zjazdy studentów zaocznych z wyłączeniem budynków, które są zamknięte w weekendy; oraz z wyłączeniem dni wolnych od pracy wprowadzonych przez UWM lub dni ustawowo wolnych) – 92 465 m² wg załącznika A oraz dodatkowo wskazane w kartach budynków

z wyłączeniem w okresie od 1 lipca do 30 września – w tym okresie przyjmuje się do fakturowania powierzchnię zmniejszoną o 45%.

– Co do zasady wskazane pomieszczenia dydaktyczne oraz wybrane **pomieszczenia biurowe 3 razy w tygodniu w dni robocze** z wyłączeniem dni wolnych od pracy wprowadzonych przez UWM lub dni ustawowo wolnych – 34 765 m² wg załącznika B oraz dodatkowo wskazane w kartach budynków, z wyłączeniem w okresie od 1 lipca do 30 września – w tym okresie przyjmuje się do fakturowania **powierzchnię zmniejszoną o 30%**.

– Co do zasady wskazane pozostałe **pomieszczenia biurowe, administracyjne 1 raz w tygodniu w dni robocze z wyłączeniem dni wolnych od pracy** wprowadzonych przez UWM lub dni ustawowo wolnych – 47 370 m² wg załącznika C oraz dodatkowo wskazane w kartach budynków, z wyłączeniem w okresie od 1 lipca do 30 września – w tym okresie przyjmuje się do fakturowania **powierzchnię zmniejszoną o 15%**.

Jak widać zapis o powierzchniach biurowych pojawia się w odniesieniu tylko do czynności wykonywanych trzy razy w tygodniu oraz jeden raz w tygodniu – i to łącznie z pomieszczeniami administracyjnymi, co uniemożliwia oszacowanie, ile jest samych powierzchni biurowych. I w żadnej z tych częstotliwości powierzchnie biurowe nie przekraczają 50 000 m²!

W odniesieniu do czynności realizowanych codziennie – Zamawiający nie wskazuje żadnych powierzchni biurowych.

Powyższe porównanie opisu przedmiotu zamówienia z warunkiem udziału w postępowaniu jednoznacznie wskazuje na brak korelacji między nimi. Tym samym żądane przez Zamawiającego doświadczenie jest oderwane od sformułowanych przez niego potrzeb. A jednocześnie jest trudne do spełnienia.

Podobnie przedstawia się sytuacja w odniesieniu do warunku w części II. Załącznik E do SWZ wskazuje, iż przedmiotem zamówienia jest obsługa 31 portierni łącznie z szatniami. Stawianie minimalnego wymogu wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w obsłudze 30 szatni i portierni (czyli blisko 100 % lokalizacji Zamawiającego!) jest niczym nieuzasadnione, ma jedynie zwęzić krąg wykonawców zdolnych do złożenia oferty. Dodatkowo celowi temu służy wykluczenie możliwości wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w obsłudze tylko portierni lub tylko szatni. Na rynku bardzo wąski krąg podmiotów obsługuje po pierwsze powyżej 30 budynków, a po drugie - w budynkach prowadzi łącznie i szatnie i portiernię.

Tymczasem specyfika świadczenia usługi portierskiej, czy obsługi szatni, nie uzasadnia stawiania wymogu łąicznego ich realizowania w jednym budynku.

Odwołujący wskazuje również na fakt, iż w każdym z zadań wykonawcy muszą się wykazać 3 referencjami. Dlaczego dopiero realizacja 3 zadań daje Zamawiającemu poczucie, że wykonawca posiada niezbędne doświadczenie? A już realizacja 2 zadań nie?

W ocenie Odwołującego, oczekiwania Zamawiającego są nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia i nieadekwatne do celu postępowania, czyli wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Dyskryminacja wykonawców przejawia się np. w wykluczeniu z przetargów wykonawców posiadających doświadczenie w utrzymywaniu czystości o łącznej powierzchni, odpowiadającej potrzebom Zamawiającego, ale nie stanowiących jedynie powierzchni biurowych (których i tak Zamawiający tyle nie posiada).

Warunek ten jest nadmierny i dyskryminujący, ponieważ faworyzuje wykonawców z doświadczeniem w wielkopowierzchniowym sprzątnięciu biurowym, czym ogranicza dostęp do postępowania, podczas gdy nie ma istotnych różnic w sposobie sprzątnięcia biura a innej powierzchni w danym budynku. Można nawet stwierdzić, iż inne powierzchnie, takiej jak ciągi komunikacyjne, toalety, magazyny, są zdecydowanie bardziej wymagające pod względem organizacji pracy. Zawężenie

przez Zamawiającego wymaganego poziomu zdolności wyłącznie do powierzchni biurowych prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Odwołujący wnosi dodatkowo o zmianę warunku dotyczącego liczby budynków na warunek wymaganej wartości usług.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień SWZ, w tym w szczególności rozdz. VI pkt 2 lit. a) i VI pkt 2 lit. b) w następujący sposób:

„a) w zakresie doświadczenia dotyczy części I.

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w ww. zakresie, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonuje dwie (2) usługi w zakresie świadczenia usług sprzątnia w budynkach biurowych lub budynkach szkół i instytucji badawczych lub budynkach szpitali i zakładów opieki medycznej o powierzchni minimum 50 000 m², trwające minimum 12 miesięcy każda.

b) w zakresie doświadczenia dotyczy części II.

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w ww. zakresie, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonuje dwie (2) usługi w zakresie świadczenia usług obsługi portierni i/lub szatni w budynkach biurowych lub budynkach szkół i instytucji badawczych lub budynkach szpitali i zakładów opieki medycznej o wartości nie niższej niż 250 000 każda, trwające minimum 12 miesięcy każda”

II

Zgodnie 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.

Zapisy projektu umowy brzmią następująco:

§ 1 ust. 6 – załącznik nr 7 do SWZ

„Wielkości powierzchni do sprzątnia (m²) oraz serwisu dziennego (rbh) zawarte w załącznikach stanowią ilości szacunkowe i jako takie nie mogą stanowić podstawy do wnoszenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń co do ilości m² oraz rbh faktycznie zleconych przez Zamawiającego w toku realizacji umowy. Niemniej jednak Zamawiający szacuje, iż dokona zleceń usług w 30% wg Załącznika nr 1, A, B, C i D.”

Analogiczne zapis znajdują się w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ – § 1 ust. 6:

„Ilości roboczogodzin (rbh) świadczenia obsługi portierni i szatni zawarte w załącznikach stanowią ilości szacunkowe i jako takie nie mogą stanowić podstawy do wnoszenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń co do ilości faktycznie zleconych rbh przez Zamawiającego w toku realizacji umowy. Niemniej jednak Zamawiający szacuje, iż dokona zleceń usług w 30%, każdej części wg Załącznika nr 1.”

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

- 1) nie określają w sposób jednoznaczny oraz niebudzący wątpliwości redukcji zamówienia przez Zamawiającego; użycie określenia „Zamawiający szacuje, iż dokona zleceń usług w 30%” nie daje gwarancji jaki będzie minimalny gwarantowany poziom wykonania zamówienia;
- 2) minimalna gwarantowana wielkość świadczenia wykonawcy jak i zamawiającego nie została precyzyjnie określona w postanowieniach umowy;
- 3) redukcja zamówienia może nastąpić z dowolnych powodów;
- 4) ograniczenie wielkości zamówienia będzie skutkowało jednocześnie obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy w ujęciu miesięcznym i całkowitym.

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

uzyskał informacji, jaki jest maksymalny zakres 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 wyłączeń.

Nadto Odwołujący z ostrożności podnosi, iż gdyby Zamawiający w toku postępowania przez Izbą twierdził, że cytowane wyżej zapisy załącznika nr 7 oraz załącznika nr 8 traktować należy jako określenie minimalnego poziomu wielkości gwarantowanego zamówienia na poziomie 30 % wartości każdej części przedmiotu zamówienia (wbrew literalnemu brzmieniu zapisów!), to gwarancja zlecenia wykonawcom 30 % w każdym z dwóch zadań, w oczywisty sposób stanowi obejście art. 433 pkt 4 Pzp. Ustawodawca wprowadzając wskazany przepis przeciwdziałał istniejącej uprzednio nieprawidłowości, polegającej na gwarantowaniu sobie przez Zamawiających jednostronnych uprawnień do dowolnego zmniejszania faktycznie nabywanych usług lub dostaw. I jednocześnie wymagał od wykonawców, aby gwarantowali mu realizację usług w pełnej wielkości, co pociągało za sobą ponoszenie przez wykonawcę dodatkowych kosztów, związanych z gotowością do realizacji pełnego zamówienia.

Odwołujący przywołuje, że w uzasadnieniu do ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.) ustawodawca wyraźnie wskazuje na *zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Dopełnieniem powyższego stał się przykładowy katalog abuzywnych klauzul, wskazany w art. 433 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.). W dalszym ciągu, do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą, zastosowanie znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, którą de facto tworzy Zamawiający (co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki), generuje 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 przerywać 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.*

Mając na uwadze powyższe, według Odwołującego, Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy w nieustalonym w SWZ zakresie. Ani składać gwarancji na poziomie np. 30 % wartości zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego jest precyzyjne oszacowanie swoich potrzeb i możliwości z zagwarantowaniem sobie pewnego marginesu na sytuacje nieprzewidziane. Ale nie może to być więcej niż 10-20 % przedmiotu zamówienia.

Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SWZ i umowy, gdyż wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi. Jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony Wykonawcy, zatem wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu

W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że wbrew wymogom art. z art. 433 pkt 4 Ustawy, wzór umowy nie zawiera jednoznacznego określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron mimo, że Zamawiający zastrzegł możliwość ograniczenia zamówienia. Użycie przez Zamawiającego sformułowania „szacuje, iż dokona zleceń usług w 30%” nie daje jednoznacznej gwarancji, że minimalne wykonanie zamówienia nastąpi na tak określonym poziomie. Szacunki mogą ulec zmianie w trakcie trwania umowy.

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).

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.

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”.

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 pomniejszonych 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.

W ocenie Odwołującego ustalenia minimalnej wartości zamówienia na poziomie 30% jest wartością zbyt niską i zaburzającą równowagę ekonomiczną stron. Przy tak niskim określonym poziomie minimalnym Odwołujący nie ma możliwości odpowiedniego oszacowania kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowienia projektu umowy i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 80 % wartości zamówienia.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o jednoznaczne określenie minimalnego zakresu zamówienia i dodanie w „projekcie umowy” postanowienia o treści:

§ 1 ust. 6 – załącznik nr 7 do SWZ

„Wielkości powierzchni do sprzątnięcia (m²) oraz serwisu dziennego (rbh) zawarte w załącznikach stanowią ilości szacunkowe i jako takie nie mogą stanowić podstawy do wnoszenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń co do ilości m² oraz rbh faktycznie zleconych przez Zamawiającego w toku realizacji umowy. Zamawiający gwarantuje, iż dokona zleceń usług w wysokości minimum 80% wg Załącznika nr 1, A, B, C i D.”

§ 1 ust. 6 – załącznik nr 8 do SWZ

„Ilości roboczogodzin (rbh) świadczenia obsługi portierni i szatni zawarte w załącznikach stanowią ilości szacunkowe i jako takie nie mogą stanowić podstawy do wnoszenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń co do ilości faktycznie zleconych rbh przez Zamawiającego w toku realizacji umowy. Zamawiający gwarantuje, iż dokona zleceń usług w wysokości minimum 80 %, każdej części wg Załącznika nr 1.”

III

Odwołujący podnosi, że zgodnie z dyspozycją przepisu art. 436 pkt 3 Ustawy, projektowane postanowienia umowne muszą określać łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Projekty umów dotyczące zamówienia w obu częściach nie zawierają postanowień, o którym mowa w art. 436 pkt 3 Ustawy. Również inne postanowienia SWZ nie zawierają ww. wymaganej prawem regulacji.

Wobec powyższego Odwołujący wskazuje, że zapisy SWZ są niezgodne z Ustawą. Dodatkowo brak ww. postanowień umownych utrudnia Odwołującemu złożenie oferty, gdyż nie wie on jak oszacować ryzyko ewentualnych potrąceń z tytułu kar umownych, w krańcowym przypadku czy kwoty kar nie skonsumentują całości wynagrodzenia wykonawcy.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o wprowadzenie do każdego ze wzorów umowy postanowienia:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony, nie może przekroczyć 15 % wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 12 ust. 1 pkt. 1) umowy w dniu podpisania umowy.”

IV

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w obu projektach umów w postanowieniu § 16 ust. 20 opisał następujące zasady waloryzacji wynagrodzenia umownego w trybie przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych:

„Wykonawca może wnioskować o zmianę wynagrodzenia na zasadach określonych w niniejszym paragrafie po 12 miesiącach obowiązywania umowy.”

Powyższy zapis stoi wprost w sprzeczności z obowiązującą treścią art. 439 ust 1 oraz z art. 436 pkt 4 litera b) Ustawy.

W przypadku art. 439 ust 1 Ustawa nakłada na Zamawiającego obowiązek wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy umowa zawarta jest na okres dłuższy niż 6 miesięcy. W przypadku umów, których dotyczy odwołanie, zawarte one mają być na 36 miesięcy – rozdział V SWZ.

Tym samym w oczywisty sposób doszło do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów przez Zamawiającego – zapewne Zamawiający nie wprowadził koniecznych zmian do wzoru umowy po dniu 13 listopada 2022 r., gdy wówczas treść art. 439 ustawy została zmieniona.

W przypadku art. 436 pkt 4 litera b) Ustawy, naruszenia polega na pozbawieniu wykonawców prawa do zmiany należnego im wynagrodzenia w przypadku zmian wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, które zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa wejdą w życie 1 stycznia 2024 r. oraz 1 lipca 2024 r. (oczywistym jest, iż prognozowana inflacja przekroczy 5 %, zatem w roku 2024 r. będą – podobnie jak w roku bieżącym – dwie waloryzacje tego wskaźnika).

Na dzień składania ofert, nie będą jeszcze znane obowiązujące kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r. – Rada Ministrów ma czas na publikację stosownego rozporządzenia do dnia 15 września każdego roku. I nigdy przed wrześniem takie rozporządzenie nie zostało opublikowane.

Tym samym Zamawiający zamierza przerzucić na wykonawców pełne ryzyko zmian kwot minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2024 r. Utrwalone i jednolite orzecznictwo Izby zaś nie pozostawia wątpliwości, iż takie kształtowanie zapisów SWZ jest wadliwe. SWZ i projekty umów winny gwarantować wykonawcom zwrot 100 % kosztów wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę w terminach tychże zmian.

Także Komentarz do Zamówień Publicznych z 2021r. wydany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wskazuje, iż stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych, wysokość wpłat do pracowniczych planów kapitałowych 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.

Celem przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, wg ww. komentarza, jest (...) „*zmiana wynagrodzenia wykonawcy, która powinna być adekwatna do zmiany czynników, w nawiązaniu do których określił swoje wynagrodzenie, ma ona wynikać wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia (...).*”

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

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę § 16 ust. 20 w każdym z projektów umów dołączonych do SWZ i nadanie mu następującej treści:

„Wykonawca może wnioskować o zmianę wynagrodzenia na zasadach określonych w §16 ust. 17 po każdym 6 miesiącach obowiązywania umowy.”

V

Odwołujący wnosi o zmianę § 16 ust 17 w obu wzorach umów. Zamawiający przewidział zapis: „Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy ze względu na wzrost materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w 2023 r.”

Powyższy zapis jest nieprecyzyjny jako że nie wskazuje, o który z ogłaszanych przez Prezesa GUS wskaźników chodzi. Oraz ogranicza się tylko do wskaźnika za rok 2023, podczas gdy umowa ma trwać 36 miesięcy, nie wiadomo więc, jakie wskaźniki będą w latach 2024 i 2025.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę § 16 ust. 17 w każdym z projektów umów dołączonych do SWZ i nadanie mu następującej treści:

„Zamawiający przewiduje zmiany wynagrodzenia Wykonawcy ze względu na wzrost materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie półrocznego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w za półrocze poprzedzające zmianę wynagrodzenia Wykonawcy.”

VI

Odwołujący wnosi o zmianę § 16 ust 19 w obu wzorach umów. Zamawiający przewidział zapis: „Maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia z powodów wymienionych w niniejszym paragrafie wynosi łącznie 10% ceny wskazanej w § 12 ust.1.pkt. 2”

Zapis powyższy stanowi obejście dyspozycji art. 439 Ustawy. Po pierwsze podany limit obejmuje zarówno waloryzację, przeprowadzaną na podstawie art. 436, jak i na podstawie art. 439 Ustawy. Tymczasem art. 436 Ustawy nie uprawia Zamawiającego do ustalania maksymalnego poziomu wzrostu wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach w nim przewidzianych! Takie uprawnienie przewidziane jest dla Zamawiającego tylko w odniesieniu do zmian, wprowadzanych na podstawie art. 439 – patrz art. 439 pkt 4 Ustawy.

Tym samym § 16 ust 19 w obu umowach winien zostać ograniczony tylko do zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach przewidzianych w art. 439.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę § 16 ust. 19 w każdym z projektów umów dołączonych do SWZ i nadanie mu następującej treści:

„Maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia z powodów wymienionych w niniejszym paragrafie, w ust 17, wynosi łącznie 10% ceny wskazanej w § 12 ust.1.pkt. 1”.

VII

Zamawiający wymaga w § 4 ust 2 obu umów, aby personel wykonawcy był zatrudniony na podstawie umów o pracę.

Specyfiką realizacji przedmiotu zamówienia jest to, że w okresie 1 lipca – 30 września każdego roku kalendarzowego dochodzić będzie do istotnych włączeń i zmniejszeń powierzchni, na której realizowana będzie usługa.

Tym samym, od lipca każdego roku, wykonawca będzie realizował usługi zatrudniając znacząco niższą liczbę pracowników, niż przez pozostałe 9 miesięcy roku kalendarzowego.

Powyższe wymogi oznaczają, że nie jest możliwe zawieranie z pracownikami czasowych umów o pracę – jako że zgodnie z przepisami kodeksu pracy i tak w czasie trwania zamówienia przekształciły by się one w umowy zawarte na czas nieokreślony (umowy dla Zamawiającego mają być realizowane przez 36 miesięcy). Nie wchodzi również w rachubę zwalnianie części pracowników ze skutkiem na koniec czerwca każdego roku kalendarzowego i zatrudnianie – innych – od września.

Nadto działanie takie byłoby nieetyczne i stanowiłoby w najłagodniejszym przypadku naruszenie praw pracowniczych.

W efekcie część pracowników w okresie lipiec – wrzesień będzie w trakcie przestoju, za które należą im się będzie wynagrodzenia. Wykonawcy muszą oczywiście taki koszt skalkulować w swoich ofertach.

Powyższa okoliczność ma decydujące znaczenie dla procesu zmiany wynagrodzenia przeprowadzanego ze skutkiem od 1 lipca każdego roku kalendarzowego – czyli w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ze skutkiem od 1 lipca.

Tymczasem w § 16 ust 7 Zamawiający zastrzega sobie: „*W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 3 pkt. 2, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o kwotę odpowiadającą wzrostowi kosztu Wykonawcy w związku ze zwiększeniem wysokości wynagrodzeń Pracowników świadczących Usługi do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia. Kwota odpowiadająca wzrostowi kosztu Wykonawcy będzie odnosić się wyłącznie do części wynagrodzenia Pracowników świadczących Usługi, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, odpowiadającej zakresowi, w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy.*”

Jak wykazano wyżej, w miesiącu lipcu każdego roku kalendarzowego nie wszyscy pracownicy zatrudnieni do realizacji usługi na rzecz Zamawiającego, będą faktycznie ją realizować. Część będzie w trakcie płatnego przestoju i wróci na obiekty Zamawiającego od dnia 1 października. Odwołujący wnosi, aby jednoznacznie zastrzec, iż zmiana jego wynagrodzenia, związana ze zmianą przepisów, o których mowa w art. 436 ust. 4b tiret drugi, trzeci i czwarty Ustawy, będzie uwzględniać również zwiększone koszty, które wykonawca poniesie na rzecz pracowników, będących w trakcie przestoju.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę § 16 ust. 7 w każdym z projektów umów dołączonych do SWZ i nadanie mu następującej treści:

„*W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 3 pkt. 2, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o kwotę odpowiadającą wzrostowi kosztu Wykonawcy w związku ze zwiększeniem wysokości wynagrodzeń wszystkich Pracowników, świadczących Usługi do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia za pracę, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia. Kwota odpowiadająca wzrostowi kosztu Wykonawcy będzie odnosić się wyłącznie do części wynagrodzenia wszystkich Pracowników świadczących Usługi, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, odpowiadającej zakresowi, w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy.*”

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi i wywodzi jak na wstępie.