

Wrocław, dnia 12.11. 2024 r.

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

Odwołujący:

Optima Care Sp. z o. o.
ul. Marsa 56a, 04-242 Warszawa
NIP: 8971812331
Numer telefonu: **510 013 153**
Adres poczty elektronicznej: **k.grabek@impel.pl**
Przedstawiciel (imię i nazwisko): **Katarzyna Grabek**

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Wieluniu
ul. Szpitalna 16, 98-300 Wieluń
NIP: 832-17-89-610
Numer telefonu: 43 84 06 800
Adres poczty elektronicznej: **k.skubis@szpital-wielun.pl , m.palyga@szpital-wielun.pl**
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Katarzyna Skubiś, Magdalena Pałyga

ODWOŁANIE

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pod nazwą *Usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracyjnych oraz wykonywania transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego*, numer postępowania SPZOZ.ZP.2.24.242.22.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 213/2024 pod numerem 663876-2024 z dnia 31/10/2024.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 436 pkt. 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym

lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,

- 2) naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Ustawy Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prawidłowe obliczenie ceny oferty tj. poprzez narzucenie wykonawcom wspólnie ubiegającym się udzielenie zamówienia obowiązku wystawienia jednej faktury.

II. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W zakresie **Zarzutu nr 1**

Wnosimy o zmianę projektu umowy i skrócenie okresu podjęcia decyzji co do zmiany wynagrodzenia do 1 miesiąca oraz zmianę terminu od którego będzie obowiązywać zwaloryzowane wynagrodzenie tj. od dnia wejścia w życie przepisów stanowiących podstawę zmiany wynagrodzenia, jak poniżej:

*7.4. Decyzja w sprawie złożonego wniosku o wprowadzenie zmian opisanych w ust. 7 lit. a-d niniejszego paragrafu powinna zostać podjęta w terminie **1. miesiąca** od daty przekazania przez Wykonawcę wniosku o zmianę wraz z dokumentami uzasadniającymi tą zmianę. W przypadku uznania wniosku o wprowadzenie zmiany za zasadny Strona zawrą aneks do umowy.*

*7.5. Zmiana wysokości wynagrodzenia w oparciu o przesłanki określone w ust. 7 lit. ad niniejszego paragrafu obowiązywać będzie **od dnia wejścia w życie przepisów będących podstawą zmiany wynagrodzenia**, o którym mowa w zdaniu powyżej*

III. Wskazanie interesu Odwołującego:

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

UZASADNIENIE

W dniu 31 października 2024 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. POSTANOWIENIA UMOWNE UNIEMOŻLIWIAJĄCE UZYSKANIE PRZEZ WYKONAWCĘ WALORYZACJI NA PODSTAWIE ART. 436 USTAWY – UZASADNIENIE DLA ZARZUTU NR 1

Zamawiający w § 11 ust 7 załącznika nr 4 do SWZ- Wzór umowy zawarł następujące

postanowienie:

„7. Strony dopuszczają w trakcie obowiązywania umowy zmiany cen na zasadach określonych w art. 436 pkt. 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, w następujących przypadkach:

(...)

7.4. Decyzja w sprawie złożonego wniosku o wprowadzenie zmian opisanych w ust. 7 lit. a-d niniejszego paragrafu powinna zostać podjęta **w terminie dwóch miesięcy od daty przekazania przez Wykonawcę wniosku o zmianę wraz z dokumentami uzasadniającymi tą zmianę**. W przypadku uznania wniosku o wprowadzenie zmiany za zasadny Strony zawrą aneks do umowy.

7.5. Zmiana wysokości wynagrodzenia w oparciu o przesłanki określone w ust. 7 lit. ad niniejszego paragrafu **obowiązywać będzie od dnia podpisania aneksu**, o którym mowa w zdaniu powyżej.”

Odwołujący podnosi, że powyższe postanowienie jest niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż jego rzeczywistym celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Tak ukształtowane zapisy umowne pozwalają Zamawiającemu na wydłużanie procesu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy bez jakichkolwiek ograniczeń i podstaw, co stoi w sprzeczności z art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy. Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozpatrzenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia w terminie dwóch miesięcy od daty przekazania wniosku przez wykonawcę, jednocześnie zaznaczając, że zmiana wynagrodzenia nastąpi od dnia podpisania aneksu. W efekcie takiego zachowania może dojść do sytuacji, w której Zamawiający będzie odwlekał zwaloryzowania wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy. Zważywszy na fakt, że przepis art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujących to działania mające na celu uchylene jego stosowania lub znoszące jego działanie i jako takie są niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego.

Odwołujący podnosi, że tak określony termin rozpatrzenia przez Zamawiającego wniosku o waloryzację dowodzi, że rzeczywistą wolą Zamawiającego jest uniknięcie zastosowania art. 436 Ustawy. Zamawiający daje sobie bowiem możliwość bezpodstawnego wydłużania procesu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy poprzez wydłużenie czasu na rozpatrzenie wniosku o waloryzację aż do dwóch miesięcy. Tak ukształtowane postanowienie umowne daje Zamawiającemu możliwość rozciągania procesu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w czasie, a w konsekwencji unikania obowiązku waloryzacji. Zachowanie takie jest niezgodne z art. 58 k.c. i jako takie skutkuje bezwzględną nieważnością czynności prawnych a w konsekwencji ustaniem w postępowaniu klauzuli waloryzacyjnej nie spełniającej wymogów przepisu art. 436 Ustawy.

Odwołujący podkreśla, iż przepis art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), zatem Zamawiający ma obowiązek w postanowieniach umowy w sprawie zamienia publicznego zamieścić wszystkie przesłanki waloryzacyjne wynikające z tego przepisu.

Zamawiający nie jest uprawniony do decydowania, na jakich warunkach nastąpi zmiana wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych tj. zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego

wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

W szczególności zauważyć należy, że Zamawiający nie może wprowadzać jakichkolwiek skutecznych ograniczeń wysokości waloryzacji należnej Wykonawcy w trybie art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 436 pzp Zamawiający zobowiązany jest do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia, nie można przypisać zachowaniu polegającemu na formułowaniu ograniczeń, podczas, gdy zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, zmiana wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp, powinna być odpowiednia. Na skutek wprowadzenia do umowy zapisów pozwalających Zamawiającemu na znaczne wydłużanie procesu waloryzacji, Zamawiający zabezpieczył się przed rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu, co jest całkowicie sprzeczne z celem przepisu art. 436 pzp. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu kosztów, 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 Kodeksu cywilnego. Na skutek ww. wady, nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 436 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Waloryzacja wynagrodzenia określonego w umowie musi nastąpić w takim stopniu oraz w takim zakresie, w jakim wynika to ze zmiany przepisów oraz w jakim dotyczy danego wykonawcy, tj. z uwzględnieniem konkretnego (mierzalnego) wpływu zaistniałych zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych na wzrost (lub też obniżenie) kosztów realizacji zamówienia przez danego wykonawcę (tak: KIO w wyroku z dnia 5 września 2018 r., KIO 1681/18). Wprowadzanie do umowy zapisów ograniczających waloryzację w oparciu o art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy sprzeciwia się celowi tego przepisu i wypacza jego cel, gdyż charakter waloryzacji z art. 436 Ustawy nie daje możliwości ograniczania zmian wprowadzanych w oparciu o przywołany przepis.

Odwołujący zwraca uwagę, że formułowanie postanowień umownych, uwalniających Zamawiającego od obowiązku zastosowania art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy jest niezgodne z celem tegoż przepisu. Odwołujący wskazuje, że powodem nowelizacji przepisu art. 142 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych – aktualnie art. 436 pkt 4 lit. b) - było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich,

w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

Odwołujący pozwala sobie także zaznaczyć, na temat ww. przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem, który zachował aktualność w obowiązującym stanie prawnym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględnić również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych. Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzenie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

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

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

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

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wprowadzenie przez Zamawiającego do zapisów umownych aż dwumiesięcznego terminu na rozpatrzenie wniosku o waloryzację w połączeniu z postanowieniem mówiącym o tym, że waloryzacja nastąpi od dnia podpisania aneksu, jest niezgodne art. 436 ustawy prawo zamówień publicznych, wobec czego powinno zostać usunięte z treści umowy. Zamawiający nie może dowolnie uniemożliwiać Wykonawcy starania się o uzyskanie waloryzacji wynagrodzenia, w szczególności ze względu na zmianę przepisów dotyczących zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Wykonawca realizujący usługę nie ma żadnego wpływu na termin oraz poziom zmiany wskazanych przepisów, zatem nie ma możliwości oszacowania ryzyka płynącego z ww. zmian. Wykonawca nie może ponosić dodatkowych kosztów realizacji zamówienia, które mogłyby narazić go na konieczność finansowania zamówienia a nawet na stratę. Istotą art. 436 Ustawy jest nałożenie na Zamawiającego obowiązku racjonalnego i faktycznego udziału w zmianach wysokości kosztów realizacji usługi. Jednocześnie klauzule waloryzacyjne powinny mieć charakter niejako automatyczny tj. nie powinny być w żaden sposób ograniczane. Zamawiający wprowadzając do zapisów umowy ograniczenie czasowe uniemożliwia wykonawcy skuteczne uzyskanie waloryzacji płacowej od chwili zmiany przepisów uzasadniających zmianę wynagrodzenia, co jest niezgodne z istotą prawa zamówień publicznych.

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