

Wrocław, dnia 10 września 2021 r.

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

**Odwołujący:**

Impel S.A., ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław  
KRS: 0000004185  
NIP: 8990106769  
Numer telefonu: 727003567  
Adres poczty elektronicznej: [k.stefanska@impel.pl](mailto:k.stefanska@impel.pl)  
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Kamila Stefańska

**Zamawiający:**

Powiat Pruszkowski  
Adres pocztowy: ul. Drzymały 30; 05-800 Pruszków  
E-mail: [zamowienia.publiczne@powiat.pruszkow.pl](mailto:zamowienia.publiczne@powiat.pruszkow.pl)  
Tel.: +48 22 738 14 70

**ODWOŁANIE**

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129.) składamy odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe, stałe utrzymanie porządku i czystości w budynku zlokalizowanym przy ulicy Drzymały 30 w Pruszkowie, zajmowanym przez komórki organizacyjne Starostwa oraz Powiatowe Centrum Pomocy Rodzinie”.

**Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

Ogłoszenie nr 2021/BZP 00173251/01 z dnia 2021-09-07

Kompleksowe, stałe utrzymanie porządku i czystości w budynku zlokalizowanym przy ulicy Drzymały 30 w Pruszkowie, zajmowanym przez komórki organizacyjne Starostwa oraz Powiatowe Centrum Pomocy Rodzinie.

**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:

- art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, 2) art. 431 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niejednoznaczny opis przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz opis naruszający zasadę współdziałania stron w związku z wprowadzeniem do SWZ możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego w przypadku utraty zaufania,
- 3) art. 436 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego warunków stosowania kar umownych,
- 4) art. 436 ust. 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przesłanek waloryzacji wynagrodzenia umownego,
- 5) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego

maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

### **Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:**

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

### **Wskazanie interesu Odwołującego:**

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

## **UZASADNIENIE**

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

W dniu 07 września 2021 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

1.

Zgodnie z rozdz. VI SWZ termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został przez Zamawiającego od 01/10/2021 r. do 31/03/2024 r.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr A do SWZ – „projektowane postanowienia umowy” nie przewidział wszystkich możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian opisanych w przepisie art. 436 ust. 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 436 ust. 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych: umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) 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,
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
- 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych  
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Mając na względzie, że termin umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres przekraczający 12 miesięcy, Odwołujący wskazuje, że postanowienia ogłoszenia i SWZ nie zawierają pełnego katalogu zmian wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący zwraca uwagę, iż Zamawiający pominął w treści projektu umowy klauzulę dotyczącą zmiany wynagrodzenia z uwagi na zmianę zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

## ŻADANIE

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień projektu umowy poprzez dodanie pominiętych przesłanek zmiany wynagrodzenia dotyczących zmian 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.

Na gruncie przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr A do SWZ – „projektowane postanowienia umowy” zaniechał wprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w trybie w/w przepisu.

Zgodnie z art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) 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;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

## ŻADANIE

Odwołujący wnosi o wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

3.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr A do SWZ – „projektowane postanowienia umowy” zaniechał precyzyjnego określenia zasad stosowania kar umownych.

W ocenie Odwołującego takie zaniechanie Zamawiającego narusza przepis art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez złamanie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia. Narusza także przepis art. 436 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego warunków stosowania kar umownych

W odniesieniu do powyższej procedury stosowania kar umownych Odwołujący stwierdza, że Zamawiający zaniechał określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony. Zamawiający zaniechał również opisanie procedury stosowania kar umownych.

Odwołujący wnosi o skonkretyzowanie procedury stosowania kar umownych w celu umożliwienia Wykonawcy odniesienia na bieżąco w ramach postępowania reklamacyjnego do wszelkich zarzutów Zamawiającego, dotyczących sposobu wykonania usługi.

## ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 7 projektu umowy poprzez dodanie w § 7 nowych postanowień ust. 15 i 16 w następującym brzmieniu lub równoważnym:

„15. Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy, wynosi **20%** wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy.

16. Procedura nakładania kar umownych według postanowień umowy winna uwzględniać następujące etapy:

- zgłoszenie Wykonawcy zastrzeżeń przez Zamawiającego winno następować w ramach postępowania reklamacyjnego, niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy,
- brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzany w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, w którym zostanie określony precyzyjnie zakres naruszenia, wnioski pokontrolne, stanowisko Wykonawcy, dotyczące wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń oraz decyzja o zastosowaniu bądź niezastosowaniu kary umownej.”

4.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w Załączniku nr A do SWZ – „projektowane postanowienia umowy” w postanowieniu § 6 ust. 15 wskazał, że w przypadku nienależytego wywiązywania się z umowy przez Wykonawcę lub utraty zaufania przez Zamawiającego w stosunku do Wykonawcy, umowa może być rozwiązana przez Zamawiającego w każdym czasie, ze skutkiem na koniec miesiąca.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający konstruując warunki umowne winien unikać klauzul nieprecyzyjnych i nieostrych, których stosowanie w trakcie realizacji umowy może potencjalnie powodować spory interpretacyjne między stronami umowy. Nie ulega wątpliwości, że zwrot „utrata zaufania” jest konstrukcją bardzo jednostronną i subiektywną, a przez to bardzo trudną do zweryfikowania przez drugą stronę lub niezależny podmiot trzeci. Taka klauzula narusza zatem przepis art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez złamanie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Takie postanowienie stanowi naruszenie przepisu art. 431 ustawy prawo zamówień publicznych przez niejednoznaczny opis przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz opis naruszający zasadę współdziałania stron w związku z wprowadzeniem do SWZ możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego w przypadku utraty zaufania, gdyż nie jest to obiektywny miernik, a nadto - przy utrzymaniu tego postanowienia - istnieje duże ryzyko dowolności przy ocenie zachowania wykonawcy przez Zamawiającego i niczym nieograniczona swoboda w rozwiązaniu przez Zamawiającego umowy z wykonawcą.

Należy dodatkowo wskazać, że niezależnie od powodów takiej decyzji Zamawiającego, rozwiązanie umowy przez Zamawiającego ze skutkiem na koniec miesiąca stanowi sankcję bardzo dolegliwą dla Wykonawcy. Hipotetycznie zakładając, że nienależyte wykonanie nastąpi na przykład w czwartym tygodniu miesiąca, to wówczas Zamawiający rozwiązuje de facto umowę ze skutkiem natychmiastowym. Zamawiający tym samym nie przewiduje dla Wykonawcy możliwości podjęcia jakichkolwiek działań naprawczych w celu usunięcia uchybień w trybie postępowania reklamacyjnego.

#### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę § 6 ust. 15 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:

„W przypadku nienależytego wywiązywania się z umowy przez Wykonawcę oraz zaniechania przez Wykonawcę usunięcia uchybień w wyznaczonym terminie w trybie postępowania reklamacyjnego, umowa może być rozwiązana przez Zamawiającego w każdym czasie z jednomiesięcznym terminem wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca”.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.