

Wrocław, dnia 20 października 2022 r.

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

**Odwołujący:**

**Impel System Sp. z o. o.**

ul. A.Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław

KRS: 0000127540

NIP: 8971613637

numer telefonu:

**510 011 618**

adres poczty elektronicznej:

**a.sliwinska@impel.pl**

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

**Anna Śliwińska**

**Zamawiający:**

**Pleszewskie Centrum Medyczne w Pleszewie sp. z o.o.**

ul. Poznańska 125 a; 63-300 Pleszew

KRS: 0000303091; NIP: 6080074563

tel.: 62 74 20 719

e-mail: [przetargi@szpitalpleszew.pl](mailto:przetargi@szpitalpleszew.pl)

adres strony internetowej postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/pn/szpitalpleszew>

## **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 treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Utrzymanie czystości, usługi sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń, pomocy w opiece nad pacjentem, gospodarowania bielizną szpitalną i odpadami szpitalnymi, transportu wewnątrzszpitalnego*. (znak postępowania: Te2300-18/2022).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 195-553197 z dnia 10.10.2022 r..

2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Utrzymanie czystości, usługi sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń, pomocy w opiece nad pacjentem, gospodarowania bielizną szpitalną i odpadami szpitalnymi, transportu wewnątrzszpitalnego*. Numer referencyjny: Te2300-18/2022.

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. 99 ust. 1 i 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy i art. 5 oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego poprzez narzucenie sztucznego progu wartości usług przy pacjencie w całości wartości usługi skutkiem czego cena ofertowa (wynagrodzenie wykonawcy) jest kształtowana przez Zamawiającego podczas, gdy to wykonawca jest podmiotem, który zgodnie z naturą tego zobowiązania a także zasadami współżycia społecznego powinien samodzielnie kształtować treść ww. zobowiązania umownego;
- 2) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez wadliwe ustalenie w treści SWZ postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia podczas, gdy przepis art. 439 Ustawy wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 12 miesięcy.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) usunięcie postanowienia, że: *Wartość usług transportu wewnątrzszpitalnego i pomocy przy pacjencie nie może być wyższa niż 30% wartości całkowitej zamówienia brutto.* – str. 14 SWZ
- 2) zastąpienie dotychczasowej klauzuli z art. 439 Ustawy, klauzula o następującej treści:
  1. *Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 14 ust. 10 umowy w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:*
    - a) *zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.*
    - b) *zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy -, przy czym zmiana jest dopuszczalna:*

- w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,5% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadła termin składania ofert;
  - w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,5% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;
- c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;
- d) suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 25% wynagrodzenia, o którym mowa w ust § 6 ust. 1.

#### IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że jest aktualnym wykonawcą usługi odpowiadającej przedmiotem zamówienia niniejszemu zamówieniu. Aktualne postanowienia SWZ uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty mimo, że posiada wiedzę i doświadczenie w bliźniaczym zamówieniu realizowanym na rzecz Zamawiającego. Z uwagi na treść SWZ nie może złożyć oferty. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości ponownego pozyskania przedmiotowego zamówienia a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

#### V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art.. 515 ust. 2 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 10.10.2022 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 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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Utrzymanie czystości, usługi sprzątnia i dezynfekcji pomieszczeń, pomocy w opiece nad pacjentem, gospodarowania bielizną szpitalną i odpadami szpitalnymi, transportu wewnątrzszpitalnego.*

Odwołujący podnosi:

I. Opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z wymogami Rozdz. 9 pkt 4 SWZ Zamawiający wskazał:

*Wartość usług transportu wewnątrzszpitalnego i pomocy przy pacjencie nie może być wyższa niż 30% wartości całkowitej zamówienia brutto.*

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienie bezpośrednio wpływa na sposób wyliczenia ceny przez wykonawcę. Odwołujący wyjaśnia, że przedmiotem zamówienia są czynności obłożone stawką podatku 23% zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług (*dalej ustawa o VAT*) oraz czynności, do których znajduje zastosowanie zwolnienie z podatku na podst. art. 43 ust. 1 pkt 18 lub 18a ustawy o VAT. Zgodnie z powszechną praktyką i zwyczajem czynności wymienione w ww. art. 43 ust. 1 pkt 18 lub 18a ustawy o VAT są nazywane usługami przy pacjencie; czynnościami pomocowymi przy pacjencie itp..

Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie dotyczące 30% jest bezpodstawne i nie znajduje uzasadnienia ani w stanie faktycznym, ani prawnym sprawy. Odwołujący wskazuje, że SWZ, w tym w szczególności opis przedmiotu zamówienia oraz umowa, nie zawierają jakiegokolwiek podziału na czynności ze względu na ich rodzaj albo przyporządkowanie ze względu na stawkę podatku VAT. Zamawiający nie podał w SWZ, które konkretnie czynności kwalifikują się w myśl SWZ do czynności przy pacjencie, których wartość mieści się w ww. siedemdziesięciu

procentach (30%), a które nie. Odwołujący zauważa również, że SWZ nie zawiera także żadnych poleceń, wskazówek, definicji lub wyznaczników pozwalających przypisać daną czynność do jednej z ww. dwóch grup wartościowych usług. Tym samym zgodnie z SWZ to wykonawca jest podmiotem, który klasyfikuje i ocenia czynność do ww. usług pomocowych lub innych czynności.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, że wykonawca na mocy postanowień SWZ, ale i przepisów prawa, w tym zwłaszcza prawa podatkowego, zobowiązany jest w niniejszym postępowaniu ustalić, wartość usługi w kwocie netto, następnie ustalić stawkę podatku VAT, która znajduje zastosowanie do danej sprzedaży (do danej usługi/czynności) na ostatecznie po powiększeniu kwoty netto za usługi o wartość podatku VAT obliczyć wartość brutto. Po dokonaniu ww. obliczenia wykonawca zmuszony jest zbadać, czy zastosowane przez niego obliczenie spełnia ww. wymóg z Załącznika nr 13 tj. czy usługi przy pacjencie stanowią 30% wartości całego zamówienia. W przypadku, gdyby ww. sprawdzenie dało wynik negatywny, wykonawca zobowiązany jest skorygować swoją cenę, tak aby uzyskać ww. proporcję 30% do 70%.

Odwołujący wskazuje ponadto, że SWZ nie zawiera uzasadnienia ww. podziału 70% do 30%. Dokumentacja nie zawiera żadnej metodologii lub wzoru, który Zamawiający przyjął do ustalenia ww. wartości. W sprawie istotnym jest również, że wykonawca nie ma możliwości ingerencji w ww. szacunek ani też możliwości sprawdzenia obliczeń dokonanych przez Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że nie może zmienić ww. wartości podanych w Załączniku nr 13 a to powoduje, że wykonawca może wyłącznie manipulować ceną w celu uzyskania wymaganej w SWZ proporcji wartościowej. W konsekwencji powyższego wykonawcy uniemożliwione zostało sporządzenie rzetelnej i prawidłowej oferty. Odwołujący zaznacza ponadto, że sposób kwalifikacji usług pomocowych wynikający z utrwalonej linii orzeczniczej sądów oraz interpretacji zarówno ogólnej jak i indywidualnych dotyczących sprawy, wskazuje, że proporcja ta jest inna.

Odwołujący podnosi również, że przyjęty przez Zamawiającego podział procentowy skutkuje wieloma ryzykami, ale przede wszystkim kreuje sztuczną inżynierię cenową.

W zakresie ryzyk Odwołujący podaje, że jednym z najbardziej oczywistych konsekwencji zastosowania do obliczenia ceny ofertowej w ww. proporcji jest możliwość zakwestionowania przez Administrację Skarbową tj. organy podatkowe, stawek podatku VAT zastosowanych do transakcji. W przypadku, gdy część z usług innych zostanie przesunięta do grupy usług pomocy przy pacjencie a wykonawca zastosuje do usług pomocowych zwolnienie z VAT, o którym mowa w art. 43 ustawy o VAT, to organy podatkowe zakwestionują ww. zwolnienie w zakresie tyżże przesuniętej części usług innych. Podobnie organy podatkowe zachowają się przypadku przesunięcia usług pomocowych do usług innych. W przypadku drugiego modelu zachowania dodatkowe ryzyko jest takie, że organy podatkowe mogą w ogóle zakwestionować legalność zwolnienia dla usług pomocowych.

Odwołujący zaznacza ponadto, że zastosowanie ww. proporcji wartościowej jest niekorzystne dla Zamawiającego. Zastosowanie ww. proporcji wymusza zastosowanie stawki VAT 23% dla usług pomocowych przeniesionych do innych usług. W konsekwencji cena ofertowa wzrasta

o podatek VAT niesłusznie przypisany do usług pomocowych ujętych w innych usługach. Tym samym Zamawiający w zakresie ww. bezpodstawnego obciążenia podatkowego dokonuje nieuzasadnionych wydatków finansowych.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący wskazuje, że przesunięcia pomiędzy usługami w celu doprowadzenia treści oferty (ceny) do zgodności z treścią SWZ w zakresie dotyczącym ww. proporcji powodują, przesunięcia kosztów pomiędzy rzeczywistymi miejscami ich powstania. Sztuczne i siłowe przemieszczenie usług pomocowych do innych usług albo odwrotnie powoduje, że koszty wytworzenia nie są bilansowane przez odpowiednie im pozycje sprzedażowe. Innymi słowy koszt wykonania czynności pomocowych przeniesionych do innych usług finansowany jest z wynagrodzenia za ww. inne usługi, podczas, gdy powinien być finansowany z wynagrodzenia za usługi pomocowe. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wskazuje, iż utrzymanie "na sztywno" ww. proporcji wartościowej będzie skutkowało sztucznym zaniżaniem lub zawyżaniem rzeczywistej wartości usługi.

W zakresie ww. inżynierii cenowej, Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie dotyczące 30% powoduje bezprawną i nieuzasadnioną postanowieniami SWZ ingerencją Zamawiającego w ceny ofertowe. Postanowienia SWZ narzucają wykonawcy sztuczne dopasowanie ceny do proporcji wartościowej podanej w SWZ. Owo sztuczne dopasowanie determinuje przeprowadzenie przez wykonawcę fałszywej kwalifikacji ze względu na rodzaj usługi (usługi pomocowe/ usługi inne) a w konsekwencji wpływa na stawkę podatku VAT, która zostaje zastosowana do obliczenia ceny brutto. Odwołujący podkreśla, że ww. dostosowywanie ceny jest nieprawdziwe i wtórne względem rzeczywistej kalkulacji ceny ofertowej. Dostosowanie to jest konsekwencją ustalonej w SWZ proporcji cenowej, która powoduje, że wykonawca jest pozbawiony prawa do wyceny usługi zgodnie z jej rzeczywistą wartością a zamiast tego ma obowiązek zaoferowania ceny o określonej proporcji wartościowej, którą to proporcję wykonawca może uzyskać wyłącznie ingerując w sposób niedozwolony w obliczenia ceny ofertowej.

Odwołujący podkreśla, że ma świadomość jakie usługi składają się na zamówienie, potrafi je kwalifikować, zna koszty ich realizacji i ceny rynkowe ww. usług i dokładnie wie ile będzie kosztowała dana usługa. Sztuczne dopasowanie cen zgodnie z proporcją Zamawiającego wskazaną w SWZ wprowadza m.in. opisane powyżej „przekłamanie”, które nie stanowią odzwierciedlenia rynkowego.

Odwołujący podnosi ponadto, że tak ukształtowane postanowienie SWZ przeczy przede wszystkim naturze zobowiązania. Utrzymanie sztywnych relacji procentowych ustalonych w SWZ powoduje znaczącą ingerencją Zamawiającego w cenę ofertową skutkiem czego oświadczenie woli Wykonawcy ulega zniekształceniu i deformacji oraz nie odzwierciedla rzeczywistych ustaleń i obliczeń wysokości ceny. Ingerencja ta dokonuje się mimowolnie, gdyż wynika ze wskazanego powyżej postanowień SWZ.

Odwołujący podkreśla, iż to wykonawca jest podmiotem, który zgodnie z naturą tego zobowiązania powinien kształtować swoją cenę a Zamawiający w żaden sposób, żadnymi

mechanizmami, czy też działaniami arytmetycznymi nie powinien ingerować w ową cenę, gdyż jest to sprzeczne nie tylko z naturą zobowiązania, ale także z zasadami współżycia społecznego.

- II. Postanowienia umowne - uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę waloryzacji na podstawie art. 439 Ustawy.

Zgodnie z postanowieniami § 14 ust. 10 projektu umowy:

*W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 pkt 3 lit. e) wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 6 ust. 2 Umowy zostanie odpowiednio zmniejszone lub zwiększone w wysokości wynikającej ze wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny (dalej jako „wskaźnik GUS”) za poprzedni rok kalendarzowy, przy czym:*

- 1) Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia nie może być mniejszy niż 5 % dotychczasowego poziomu cen.*
- 2) Strony nie przewidują zmiany wynagrodzenia na podstawie ust. 1 pkt 3 lit. e) w pierwszym roku obowiązywania Umowy.*
- 3) W latach następnych pozostała do wypłaty część Wynagrodzenia należnego Wykonawcy będzie podlegała corocznie zmianie w wysokości wynikającej ze wskaźnika wzrostu GUS za poprzedni rok kalendarzowy z zastrzeżeniem pkt 4.*
- 4) Po opublikowaniu wskaźnika GUS, uprawniającego Strony umowy do żądania dokonania zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Strona umowy wnioskująca o zmianę wynagrodzenia sporządzi odpowiedni projekt zmiany do umowy uwzględniający waloryzację cen dokonaną zgodnie z pkt 1-3 i przedłoży ten projekt wraz z dokumentami potwierdzającymi potrzebę jego zawarcia drugiej Stronie.*
- 5) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z pkt 1-4, w terminie 30 dni od daty zawarcia z Zamawiającym zmiany umowy, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł on umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.*
- 6) Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 1 e wynosi łącznie 1% wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w § 6 ust. 1 Umowy.*

Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi: 36 miesięcy.

Odwołujący podnosi, że ww. klauzule są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym ich 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 podwójnie ograniczone w sposób, który de facto zwalnia Zamawiającego z obowiązku partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa o ile łącznie:

- 1) po pierwsze zmiana ceny materiału lub kosztu wyniesie co najmniej o 5%
- i
- 2) po drugie rzeczywista wartość waloryzacji nie przekroczy 1% wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w § 6 ust. 1 Umowy.

W zakresie powyższego pkt 1):

Odwołujący podnosi, że tak wysoka zmiana cen materiałów lub kosztów ma charakter niezwykle rzadki, incydentalny i zwykle wywołana jest nadzwyczajnymi okolicznościami. Celem art. 439 Ustawy jest zaś 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 nadzwyczajność, powoduje, że ww. klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 pzp, w tym w szczególności z jego celem. Odwołujący podkreśla, że na mocy przywołanego postanowienia umownego, wykonawca może ubiegać się o waloryzację jeśli cena materiału lub kosztu zwiększy się pięciokrotnie względem okresu ofertowania. Tymczasem dla usług niskomargowych, stanowiących przedmiot niniejszego postępowania, wzrost już na poziomie 1 % powoduje ryzyko utraty płynności kontraktowej tj. nadwyżkę kosztów realizacji skutkującą stratą, której wykonawca nie może zrekompensować ani z założonych rezerw ani z zysku. Konsekwencją ww. ryzyka jest utrata jakości świadczenia lub odstąpienie wykonawcy od realizacji zamówienia.

W zakresie powyższego punktu 2):

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.

Odwołujący podnosi, że zamawiający autorytarnie i w oderwaniu od rzeczywistej treści ofert, które otrzyma w postępowaniu założył, że wydatki na materiały i inne koszty wykonania zamówienia wynoszą około 15% (piętnastu procent) wartości wynagrodzenia wykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że maksymalny poziom waloryzacji dopuszczony przez Zamawiającego nie wystarczy na pokrycie ww. wzrostu ceny materiału i kosztów już po pierwszym roku realizacji umowy. Dodatkowo Zamawiający zostanie zwolniony z obowiązku waloryzacji w kolejnych latach.



Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje ponadto, że ww. klauzula jest wadliwa, gdyż dopuszcza waloryzację dopiero po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy i nie częściej niż co 12 miesięcy. Ustalenie tak długiego terminu oczekiwania na waloryzację oznacza, że wykonawca samodzielnie finansuje zmiany cen. W sprawie istotnym jest, że postępowania prowadzone jest w okresie dynamicznych zmian gospodarczych. Powszechnie wiadomym jest, że rok do roku wskaźnik inflacji wzrósł do poziomu 17%. Nie jest wykluczone, że ww. trend utrzyma się. W związku z powyższych urealnienie cen ofertowych i uzyskanie porównywalnych ofert wymaga zaprojektowania w umowie mechanizmów umożliwiających rozsądny podział ryzyk kontraktowych pomiędzy wykonawcę a zamawiającego. Projekt umowy takiego mechanizmu nie zawiera. Aktualne postanowienia umowne obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zmian kontraktowych przez kolejne 12 miesięcy realizacji umowy. W efekcie powyższego, ceny ofertowe muszą uwzględniać ww. ryzyko i wzrosną nieproporcjonalnie względem rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia. Tym samym Zamawiający otrzyma ceny za wykonanie zamówienia obciążone ww. ryzykiem.

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 określonych 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 kosztu materiałów lub kosztów o 5%) a z drugiej zobowiązujących do kosmetycznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy (1% 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.

Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalone racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.

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 powinność 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 (trzy lata), wykonawcy nie są w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen środków, materiałów czy niektórych usług. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia.

Odwołujący zaznacza także, że przenieście 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 przenieść 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.

Realizując zasadę przejrzystości Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne 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 interpretowana jest 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 czterech lat realizacji kontraktu wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców a nadto jest sprzeczny art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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.

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.