



## BIELUK I PARTNERZY

KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH

Białystok, dnia 08.08.2022 r.

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

**Odwołujący:** „STEKOP” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie  
ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa  
KRS: 0000046053  
tel.: 857489039

**reprezentowana przez radcę prawnego**  
**Katarzynę Z. Zadykowicz-Sokół**  
Kancelaria Radców Prawnych Bieluk i Partnerzy  
ul. Warszawska 14 lok. 3, 15 – 063 Białystok  
adres e-mail: [k.zadykowicz-sokol@bieluk.pl](mailto:k.zadykowicz-sokol@bieluk.pl)  
tel.: 85 66 37 783, faks: 85 741 51 50

**Zamawiający:** Skarb Państwa – 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy  
ul. Konstantynowska 85, 95-100 Zgierz  
e-mail: [31wog.zp@ron.mil.pl](mailto:31wog.zp@ron.mil.pl)  
tel: 261442185, fax: 261442100

### ODWOŁANIE

**wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec treści dokumentów zamówienia na**  
**„Usługę utrzymania czystości na terenie kompleksów wojskowych”, nr ref. postępowania:**  
**73/ZP/22**

Działając w imieniu Odwołującego – „STEKOP” spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie, pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako **Pzp**), niniejszym składam odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentacji zamówienia – Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako SWZ) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez

---

15-063 Białystok • ul. Warszawska 14 lok. 3  
Tel. +48 85 66 37 791 (- 783) • sekretariat +48 85 66 37 750, +48 85 66 37 751 • fax. +85 741 51 50  
[www.bieluk.pl](http://www.bieluk.pl)

KRS 0000345499 • NIP 966 201 90 03

Sąd Rejonowy w Białymstoku XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego

Zamawiającego – 31 Wojskowego Oddział Gospodarczy w Zgierzu na „Usługę utrzymania czystości na terenie kompleksów wojskowych” (nr referencyjny nadany przez Zamawiającego: 73/ZP/22) w następującym zakresie:

- 1) **Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.4) Opis zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział III Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych SWZ** w zakresie żądania przedmiotowych środków dowodowych w postaci „aktualnego Certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny wydany przez jednostkę certyfikującą TUV Rheinland Polska Sp. z o.o.”,
- 2) **Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.5) Kryteria udzielania zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział XIV pkt 1 i 2 SWZ** w zakresie określenia jako kryterium oceny ofert posiadania Certyfikatu „Gwarant czystości i higieny” – waga 25 % oraz w zakresie opisu sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert „Gwarant czystości i higieny”,
- 3) **§ 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy** w zakresie określenia możliwości jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy odpowiednio z końcem 2022, 2023, 2024, na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy,
- 4) **§ 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy** w zakresie przewidzenia po zaistniałych zdarzeniach zmiany wynagrodzenia jednostkowego wyłącznie netto,
- 5) **§ 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy** w zakresie:
  - a) przewidzenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia po minimum 20% zmianie cen związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej,
  - b) uzależnienia rozpoznania wniosku i w konsekwencji zmiany wynagrodzenia wykonawcy od przedstawienia kompletnej, precyzyjnej, rzetelnej *„szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym, w tym kosztów poniesionych na zakup materiałów wraz z dokumentami potwierdzającymi dane kalkulacyjne (w tym wzrost cen materiałów)”*,
  - c) przewidzenia możliwości kolejnej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia po upływie 12 miesięcy od dnia dokonania ostatniej zmiany umowy.

**Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:**

- 1) **art. 16 Pzp poprzez** prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz z naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości, przejawiające się w:

- a) określeniu kryteriów oceny ofert oraz opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert „Gwarant Czystości i Higieny” w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w szczególności **poprzez**:
- określenie jako kryterium oceny ofert aspektów odnoszących się do właściwości wykonawcy,
  - określenie, że wykonawcy otrzymają punkty w ramach określonego kryterium oceny oferty wyłącznie w sytuacji przedstawienia konkretnego (wybranego przez Zamawiającego) certyfikatu oraz niedopuszczenie możliwości uzyskania punktów przez wykonawców w przypadku przedłożenia innych, co najmniej równoważnych certyfikatów,
  - określenie różnych wag dla kryteriów potwierdzających równoważne cechy,
- b) uzależnieniu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy od przedłożenia „szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym”, bez wskazania poziomu szczegółowości kalkulacji i jej elementów składowych, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że *„nieprzekazanie przedmiotowych kalkulacji lub przekazanie kalkulacji niekompletnej, nieprecyzyjnej lub nierzetelnej będzie stanowić podstawę odmowy uwzględnienia wniosku o zmianę wynagrodzenia umownego”*;
- 2) **naruszenie art. 241 ust. 3 Pzp poprzez** określenie jakie jednego z kryteriów oceny ofert posiadania Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” – waga 25 %, w sytuacji gdy kryterium to dotyczy właściwości wykonawcy;
- 3) **naruszenie art. 240 ust. 2 Pzp poprzez** określenie kryteriów oceny ofert oraz opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” w sposób nieumożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia;
- 4) **naruszenie art. 105 ust. 1 Pzp poprzez** żądanie złożenia przez wykonawcę Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” w celu potwierdzenia zgodności oferowanych usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, w sytuacji gdy wymieniony certyfikat dotyczy właściwości wykonawcy, a więc stanowi podmiotowy środek dowodowy;
- 5) **naruszenie art. 455 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp poprzez** określenie możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego na podstawie pisemnego powiadomienia wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, w zakresie, w jakim postanowienie przyznaje Zamawiającemu nieograniczoną możliwość rozwiązania umowy w dowolnym czasie, przy jednoczesnym ograniczeniu roszczeń wykonawcy jedynie do wynagrodzenia za wykonaną część umowy;
- 6) **naruszenie art. 436 pkt 4 lit. b Pzp poprzez** zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany jedynie wynagrodzenia jednostkowego netto, z pominięciem wynagrodzenia jednostkowego brutto,

- 7) **naruszenie art. 439 ust. 2 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c., poprzez** zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sposób, który sprawia, że nie będzie ona miała praktycznego zastosowania, a w konsekwencji należy uznać takie zastrzeżenie za przekraczające swobodę kontraktową mającą na celu obejście przepisu art. 439 ust. 2 Pzp.

**Wskazując na powyższe zarzuty, wnoszę o:**

- 1) **nakazanie** Zamawiającemu dokonania zmiany treści Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.4) Opis zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział III Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych poprzez usunięcie zaskarżonego zapisu,
- 2) **nakazanie** Zamawiającemu dokonania zmiany treści Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.5) Kryteria udzielania zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział XIV pkt 1 i 2 poprzez zmianę pozacenowych kryteriów oceny ofert na kryteria nieodnoszące się do właściwości wykonawcy, w tym nakazanie usunięcie kryterium Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny”;  
ewentualnie – w przypadku uznania, że Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” może stanowić kryterium oceny ofert:  
**nakazanie** Zamawiającemu dokonania zmiany treści Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.5) Kryteria udzielania zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział XIV pkt 1 i 2 poprzez zmianę pozacenowych kryteriów oceny ofert i punktowanie Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” oraz Certyfikatu ISO 9001 jako certyfikatów równoważonych,
- 3) **nakazanie** Zamawiającemu dokonania zmiany treści § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie określenia możliwości jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy odpowiednio z końcem 2022, 2023, 2024, na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, poprzez określenie, że Zamawiający będzie uprawniony do złożenia skutecznego oświadczenia, pod rygorem obowiązywania umowy przez okres jej kolejnego Etapu, nie później niż na 2 miesiące przed upływem roku kalendarzowego,
- 4) **nakazanie** Zamawiającemu dokonania zmiany treści § 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie przewidzenia po zaistniałych zdarzeniach zmiany również wynagrodzenia jednostkowego brutto,
- 5) **nakazanie** Zamawiającemu dokonania zmiany treści § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, poprzez:
  - a) przewidzenie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia po minimum 5% zmianie cen związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej,

- b) wprowadzenie warunków, jakie ma spełniać „szczegółowa kalkulacja kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym” lub jej minimalnych elementów lub wzoru takiej kalkulacji,
  - c) usunięcie w § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy warunku: *„Każdy kolejny wniosek o zmianę wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia wraz ze szczegółową kalkulacją kosztów wykonania usługi oraz dokumentami potwierdzającymi dane kalkulacyjne, może być złożony po upływie 12 miesięcy od dnia dokonania ostatniej zmiany umowy”* oraz wprowadzenie możliwości złożenia kolejnego wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia, po spełnieniu warunków niezbędnych dla dokonania zmiany, niezależnie od tego, jaki czas upłynął od dnia ostatniej zmiany,
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według rachunku, który zostanie przedłożony na posiedzeniu lub rozprawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem: 2022/S 143-409478 w dniu 27 lipca 2022 r.

Interes Odwołującego wyraża się w tym, że Odwołujący świadczy usługi na rynku usług sprzątania. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu stąd interes w złożeniu niniejszego odwołania w zakresie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentacji zamówienia. Ustalenie przez Zamawiającego treści ogłoszenia o zamówieniu i SWZ z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych może uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie zamówienia, w tym wpłynąć na pozycję oferty Odwołującego w klasyfikacji ofert.

Wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Potwierdzenie uiszczenia wpisu znajduje się w załączeniu.

Informację o czynności, od której składane jest niniejsze odwołanie, tj. wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołujący uzyskał 27 lipca 2022 r. Odwołanie zostaje wniesione w dniu 8 sierpnia 2022 r., czyli w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 8 sierpnia 2022 r., czyli z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 Pzp.

## **Uzasadnienie**

### **1. Stan faktyczny**

Dnia 27 lipca 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie „Usługi utrzymania czystości na terenie kompleksów wojskowych”, nr referencyjny nadany przez Zamawiającego: 73/ZP/2022. W tym samym dniu Zamawiający opublikował na platformie zakupowej:

<https://www.platformazakupowa.pl/transakcja/644716> ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumentację przedmiotowego postępowania.

**Dowód:**

- ogłoszenie o zamówieniu,
  - dokumentacja postępowania
- (w aktach postępowania)

**2. Kryteria oceny ofert odnoszące się do właściwości wykonawcy**

Zamawiający określił kryteria oceny ofert w Sekcji II: Przedmiot pkt II.2.4) Opis zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale III Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych SWZ:

1) „Kryteria udzielenia zamówienia

Kryterium jakości – Nazwa: Gwarant czystości i higieny / Waga: 25

Kryterium jakości – Nazwa: Certyfikat ISO 9001 / Waga: 15

Cena – Waga: 60”

2) „1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1, 2 i 3 Zamawiający będzie kierować się następującym kryterium oraz w następujący sposób będzie oceniać oferty:

L.p.	Rodzaj kryterium	Liczba punktów (waga)
1	Cena oferty	60
2	Gwarant czystości i higieny	25
3	Certyfikat ISO 9001	15

**2. A - Kryterium cena**

W kryterium „Cena” najwyższą liczbę punktów (60) otrzyma oferta zawierająca najniższą cenę brutto, a każda następna odpowiednio zgodnie z n/w wzorem.

*Najniższa cena oferty*

*Liczba punktów = ----- x 60*

*Cena oferty badanej*

Oferty zostaną przeliczone według powyższego wzoru. Uzyskana liczba punktów badanej oferty zostanie pomnożona przez wagę tego kryterium = 60% Wynik będzie traktowany jako wartość punktowa oferty w kryterium cena oferty.

**B - Kryterium Gwarant czystości i Higieny**

*Wykonawca, który złoży wraz z ofertą aktualny Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny wydany przez jednostkę certyfikującą TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. dostanie 25 pkt.*

C - certyfikat ISO 9001

*Wykonawca, który złoży wraz z ofertą aktualny certyfikat z zakresu zarządzania i realizacji usługi utrzymania czystości, zgodny z wymaganiami normy ISO 9001 dostanie 15 pkt.”*

**Dowód:**

- Ogłoszenie o zamówieniu – str. 5

- SWZ – str. 24

(w aktach postępowania)

Zamawiający określając pozacenowe kryterium oceny ofert w postaci „Gwarant czystości i higieny” naruszył art. 241 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 241 ust. 3 Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Z treści tego przepisu wprost wynika zakaz stosowania kryteriów o charakterze podmiotowym, odnoszących się do właściwości wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Kryteria te muszą ograniczać się do jakościowej oceny tego, co oferuje dany wykonawca w prowadzonym postępowaniu. Określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w postaci „Gwarant czystości i higieny” dotyczy zaś właściwości wykonawcy. Przyznawanie przez Zamawiającego punktów za posiadanie certyfikatów „Gwarant Czystości i Higieny” z zakresu zarządzania i realizacji usługi utrzymania czystości, stanowi w istocie przyznawanie punktów za wiarygodność wykonawcy oraz politykę zarządzania wykonawcy. Wskazany certyfikat potwierdza wyłącznie, że podmiot posiadający taki certyfikat przystąpił do określonego dobrowolnego programu certyfikacji. Warunki, jakie należy spełnić, aby uzyskać określony przez Zamawiającego certyfikat dotyczą ściśle właściwości samego wykonawcy.

Jak wynika z Regulaminu Programu Gwarant Czystości i Higieny (dalej jako **Regulamin Programu**), ocenie przed wydaniem certyfikatu podlegają aspekty związane z przedsiębiorstwem wykonawcy jako takim. Jak wynika z Regulaminu Programu, ocenie podlegają takie aspekty jak:

- 1) struktura organizacyjna przedsiębiorcy,
- 2) wiarygodność przedsiębiorcy,
- 3) nadzór nad dokumentami i zapisami,
- 4) stosowane technologie,
- 5) kwestie związane z prawem pracy i organizacją pracy,
- 6) szkolenia u przedsiębiorcy,
- 7) kwestie związane z bezpieczeństwem i higieną pracy,
- 8) sposób podchodzenia do kwestii ochrony środowiska naturalnego,

## 9) etyczność zawodowa.

W ramach struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa oceniany jest sposób zarządzania przedsiębiorstwem, w szczególności sposób określenia zakresu obowiązków pracowników, sposób funkcjonowania kanałów komunikacji na każdym poziomie organizacji oraz wyznaczenie osób odpowiedzialnych.

W ramach wiarygodności przedsiębiorstwa oceniany jest między innymi:

- 1) czy przedsiębiorca nie zalega z uiszczaniem należności na rzecz ZUS i US,
- 2) czy w okresie ostatnich 12 miesięcy nie doszło do rozwiązania umowy przez klienta w związku z nienależytym wykonaniem usług przed przedsiębiorcą,
- 3) czy w ciągu ostatnich 12 miesięcy przedsiębiorca nie został, na mocy prawomocnego wyroku sądu, zobowiązany do zapłaty kar umownych wskutek niewykonania umowy lub niewłaściwego wykonania umowy,
- 4) czy w ciągu ostatnich 12 miesięcy wobec przedsiębiorcy nie toczyło się lub nie zakończyło postępowanie innych organów administracyjnych dotyczącego świadczonych usług,
- 5) czy przedsiębiorca należy do organizacji biznesowych, tj. związków pracodawców, izb gospodarczych, klubów biznesu, stowarzyszeń i innych (w tym do ZPO),
- 6) czy przedsiębiorca posiada aktualnie ubezpieczenie OC.

W ramach oceny w zakresie nadzoru nad dokumentacją i zapisami oceniany jest sposób obiegu dokumentów i uregulowania w tym zakresie w przedsiębiorstwie.

W ramach kwestii związanych z prawem pracy ocenie podlegają między innymi: polityka zatrudnienia, zasady ewidencjonowania czasu pracy, zasady wynagradzania pracowników, a także, czy w ciągu ostatnich 12 miesięcy miało miejsce lub negatywnie zakończyło się postępowanie wskutek podejrzenia popełnienia mobbingu lub w sprawie kontroli legalności zatrudnienia, czy w ciągu ostatnich 12 miesięcy zapadł wobec przedsiębiorcy prawomocny wyrok lub wydana została prawomocna decyzja administracyjna ustalająca istnienie stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a przedsiębiorstwem, na korzyść pracownika.

W zakresie szkoleń ocenie podlega w szczególności, czy przedsiębiorca kieruje pracowników na szkolenia dotyczące świadczonych usług i czy prowadzi ocenę skuteczności szkoleń.

**Dowód:** Załącznik nr 1 do Regulaminu Programu – zał. nr 5 do odwołania.

Jak jednoznacznie wynika z powyższego, ocenie w ramach procedury uzyskiwania Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” podlega wiele właściwości wykonawcy, które nie mają bezpośredniego przełożenia na jakość świadczonych usług. Posiadanie wskazanego Certyfikatu potwierdza więc posiadanie przez wykonawcę określonej w programie wiarygodności (posiadanie przez wykonawcę określonych właściwości).



Wskazać także należy, że w procedurze uzyskiwania Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” wprost ocenie podlegają aspekty, które stanowić mogą warunki udziału w postępowaniu i przesłanki wykluczenia. W szczególności można tu wskazać na weryfikację posiadania przez przedsiębiorcę ubezpieczenia OC, posiadania przez wykonawcę odpowiednio przeszkolonych pracowników, a także niezalegania z uiszczeniem podatków i innych należności publicznoprawnych.

Ponadto, Program Gwarant Czystości i Higieny nie oznacza konieczności świadczenia usług sprzątania w określonym, zgodny z programem sposób, ani też nie oznacza konieczności przestrzegania w tym zakresie określonych zasad/kodeksu dobrych praktyk. Jak wynika z Regulaminu Programu, celem programu jest co prawda weryfikacja jakości usług świadczonych przez uczestników programu, ale również:

- 1) propagowanie idei utrzymania czystości i bezpieczeństwa sanitarnego
- 2) promocja firm branży utrzymania czystości,
- 3) integrowanie środowiska producentów, dystrybutorów i usługodawców związanych z profesjonalnym utrzymaniem czystości,
- 4) wspieranie rozwoju firm utrzymania czystości,
- 5) poprawienie wizerunku firm działających w branży utrzymania czystości,
- 6) poprawianie pozycji firm ubiegających się o udzielenie zamówienia.

**Dowód:** Regulamin Programu, str. 1 – zał. nr 5 do odwołania.

W związku z powyższym, określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w zakresie posiadania Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” nie odnosi się do przedmiotu zamówienia a do właściwości wykonawcy. Zamawiający naruszył więc art. 241 ust. 3 Pzp.

### ***3. Brak możliwości weryfikacji poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia***

Zgodnie z art. 240 ust. 2 kryteria oceny ofert ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej ofert oraz umożliwić weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Kryterium określone w tym postępowaniu „Gwarant czystości i higieny” nie pozwalają na obiektywną ocenę ofert, ze względu na fakt, że ten certyfikat i Certyfikat ISO 9001 (stanowiący kolejne kryterium oceny ofert) są to **certyfikaty równoważne**.

Podstawą przyznania „Gwaranta Czystości i Higieny” jest pozytywna ocena systemu zarządzania przedsiębiorstwem wykonawcy zgodną z wymaganiami norm ISO 9001, ISO 14001, PN-N 18001, OHSAS 18001, ISO 27001 (zob. Załącznik 1 do Regulaminu Programu „Gwarant Czystości i Higieny”, pkt II ppkt 1 lit. j.). Natomiast norma ISO 9001 jest międzynarodowym standardem systemu zarządzania jakością, umożliwiającym każdemu przedsiębiorstwu podnoszenie poziomu jakości wytwarzanych wyrobów czy też świadczonych usług, poprzez ciągłe doskonalenie metod i sposobów działania. Norma ta odnosi się do

procesów tworzących i nadzorujących produkty oraz usługi dostarczane Klientowi przez organizację.

Z powyższego wynika, że oba certyfikaty na podstawie których Zamawiający zamierza dokonać oceny ofert złożonych w postępowaniu są równoważne.

Porównując wskazane wyżej certyfikaty „Gwarant Czystości i Higieny” oraz Certyfikat ISO 9001 należy podkreślić, że:

- 1) w Regulaminie Programu dotyczącym certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” bezpośrednio wskazano na normę ISO 9001 jako potwierdzającą wiarygodność systemu zarządzania (wiarygodność przedsiębiorstwa, które jest oceniane w tym programie). W pkt I ppkt 1 lit. j Regulaminu Programu wskazano, że przedsiębiorca „*może potwierdzić wiarygodność swojego systemu zarządzania ważnymi akredytowanymi certyfikatami zgodności systemu zarządzania z wymaganiami norm ISO 9001, ISO 14001, PN-N 18001, OHSAS 18001, ISO 27001*”. W związku z tym, wymogi w zakresie struktury organizacyjnej oraz wiarygodności przedsiębiorstwa są identyczne dla posiadaczy certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” i certyfikatu ISO 9001;
- 2) wymagania określone w pkt III Regulaminu Programu w zakresie nadzoru nad dokumentacją i zapisami, są analogicznego do wymagań normy ISO 9001. W związku z tym, wykonawca posiadający certyfikat ISO spełnia również wymagania określone w Regulaminie Programu dotyczącym certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” w zakresie nadzoru nad dokumentacją i zapisami;
- 3) wymagania w zakresie zasobów materialnych określone w Regulaminie Programu „Gwarant Czystości i Higieny” to obszar, który podlega również ocenie i audytom w zakresie zgodności z normą ISO 9001 w procedurze przyznawania certyfikatu,
- 4) określone w Regulaminie Programu dotyczącym certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” wymagania w zakresie szkoleń personelu są analogiczne, a nawet mniej uszczegółowione, do wymagań według normy ISO 9001. Przykładowo zgodnie z normą ISO 9001 przedsiębiorstwo zobligowane jest do cyklicznego szkolenia personelu, sporządzania planów i harmonogramów szkoleń, co wyraża się w formie pisemnej. Zatem certyfikat ISO 9001 daje lepsze gwarancje spełnienia wymogów dotyczących szkolenia personelu. Co więcej w Regulaminie Programu dotyczącym certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” wskazuje się wprost, że do spełnienia warunków otrzymania certyfikatu niezbędne jest zapewnienie warunków do ciągłego podnoszenia wiedzy i doskonalenia umiejętności personelu poprzez kierowanie personelu „do udziału w specjalistycznych szkoleniach z zakresu zarządzania (np. wg. normy ISO 9001, ISO 14001)” – por. Załącznik nr 1 do Regulaminu Programu „Gwarant Czystości i Higieny” pkt VII ppkt 1 lit. e.;
- 5) w Regulaminie Programu „Gwarant Czystości i Higieny” przewidziano także wymagania w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy. Zgodnie z Regulaminem, przedsiębiorca działający na rynku zobligowany jest do zapewnienia bezpiecznych i higienicznych

warunków pracy oraz do wyznaczenia osoby odpowiedzialnej za BHP, prowadzenie szkoleń i ich dokumentowanie. Zauważyć należy, że podlegając kontrolom m.in. Państwowej Inspekcji Pracy nie jest możliwe uchylenie się od tego obowiązku, który również może zostać zweryfikowany przez Zamawiającego. Analogiczne wymagania w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przewiduje również norma ISO 9001. W związku z tym, wykonawca posiadający certyfikat ISO 9001 zapewnia takie same spełnianie wymagań w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy, jak wykonawca posiadający certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny”.

**Dowód:** Regulamin Programu – zał. nr 5 do odwołania.

Proces certyfikacji w zakresie certyfikatu ISO 9001 obejmuje ocenę nie mniejszego obszaru działalności przedsiębiorcy niż ocena przed wydaniem certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny”. Potwierdza to również zamieszczona na stronie Urzędu Zamówień Publicznych w ramach Forum Praktyk Branżowych opinia Federacji Przedsiębiorców Polskich, Polskiej Izby Gospodarczej i TÜV Rheinland Polska (podmiot certyfikujący „Gwaranta Czystości i Higieny”), w której stwierdzono: *„Podstawą przyznania „Gwaranta Czystości i Higieny” jest pozytywna ocena systemu zarządzania przedsiębiorstwem wykonawcy zgodną z wymaganiami norm ISO 9001, ISO 14001, PN-N 18001, OHSAS 18001, SZJ, PN27000 (zob. Załącznik 2 do regulaminu, pkt II. lit. j.).”*

**Dowód:** Opinia Federacji Przedsiębiorców Polskich, Polskiej Izby Gospodarczej i TÜV Rheinland Polska pn. „Gwarant Czystości i Higieny” w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a usługi utrzymania czystości/usługi pralnicze”, dostępna na stronie internetowej: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/forum-praktyk-branzowych/uslugi-naprawcze-i-konserwacyjne> – zał. nr 6 do odwołania.

Oba certyfikaty uzyskiwane są po przeprowadzeniu analogicznej oceny przedsiębiorcy. Określenie przez Zamawiającego jako dwóch różnych kryteriów oceny ofert legitymowania się przez wykonawcę certyfikatem „Gwarant Czystości i Higieny” oraz „Certyfikatem ISO 9001”, a także przyznanie im innych wag punktowych jest całkowicie nieuzasadnione i nie pozwala na wyłonienie w sposób obiektywny wykonawcy przedmiotowego zamówienia.

#### ***4. Żądanie jako przedmiotowych środków dowodowych dokumentów stanowiących podmiotowe środki dowodowe***

Aktualny certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” wydany przez jednostkę certyfikującą TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o. stanowi **podmiotowy środek dowodowy**, a więc środek który zgodnie z definicją służy potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Konieczność kwalifikowania tego rodzaju dokumentów do dokumentów służących badaniu właściwości

wykonawcy, wynika z art. 128 ust. 6 Pzp., odsyłającego do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415). Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 12 wyżej wymienionego rozporządzenia, „w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług żądać następujących **podmiotowych środków dowodowych** [podkr. wł.]: [...] 12) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, w tym dostępności dla osób niepełnosprawnych, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zarządzania jakością opartych na odpowiednich seriach norm europejskich oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki”. Charakter żądanych przez Zamawiającego certyfikatów w ramach kryteriów oceny ofert, odnosi się do właściwości wykonawcy a nie jakości oferowanych świadczeń w ramach przedmiotowej usługi. Certyfikaty mogą być żądane na potwierdzenie pewnych właściwości wykonawców, ale nie jako dokumenty służące ocenie w ramach kryteriów jakościowych. Powyższe potwierdza również zamieszczona na stronie Urzędu Zamówień Publicznych w ramach Forum Praktyk Branżowych opinia Federacji Przedsiębiorców Polskich, Polskiej Izby Gospodarczej i TÜV Rheinland Polska, w której wskazano, że przy konstruowaniu zapisów SWZ (SIWZ), **zamiast oświadczeń dotyczących spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu**, można zastrzec, iż wykonawca może przedłożyć:

„a.     ważny certyfikat Gwarant Czystości i Higieny wydany przez jednostkę certyfikującą TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o.,

b.     inny ważny certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. poz. 542) albo jednostkę posiadającą akredytację zgodnie z przepisami innych państw Unii Europejskiej (Europejskiego Obszaru Gospodarczego), który potwierdza spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w [wymienić postanowienia SIWZ ]”.

**Dowód:** Opinia Federacji Przedsiębiorców Polskich, Polskiej Izby Gospodarczej i TÜV Rheinland Polska pn. „Gwarant Czystości i Higieny” w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a usługi utrzymania czystości/usługi pralnicze”, dostępna na stronie internetowej: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/forum-praktyk-branzowych/uslugi-naprawcze-i-konserwacyjne> – zał. nr 6 do odwołania.

Zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp, przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Takiego

charakteru nie mają przedmiotowy certyfikat. Jak wyjaśnił Urząd Zamówień Publicznych<sup>1</sup>: „Generalna zasada związku kryteriów z zamówieniem oznacza, że kryteria muszą być zasadniczo związane z dostawami, usługami lub robotami budowlanymi, które mają być przedmiotem zamówienia, nie powinny natomiast dotyczyć cech oczekiwanych od wykonawców (w zakresie ekonomicznym, finansowym czy ich zdolności technicznej), gdyż oczekiwania zamawiającego w tym zakresie są weryfikowane w ramach oceny zdolności podmiotowej wykonawców w celu kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu. Musi zatem istnieć związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia bez względu na to, w jakim aspekcie to powiązanie wystąpi oraz bez względu na fazę, w jakiej przedmiot zamówienia będzie się znajdował, tj. bez względu na to, czy kryterium to będzie dotyczyło np. samego zakupu produktu (np. możliwości dostarczenia towarów "od ręki"), jego użytkowania czy też utylizacji tego produktu”.

Stąd, mając na uwadze powyższą argumentację nie sposób uznać, że aktualny certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” wydany przez jednostkę certyfikującą TUV Rheinland Polska Sp. z o.o., należy kwalifikować jako przedmiotowy środek dowodowy.

## **5. Naruszenie przez Zamawiającego art. 455 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp**

W postępowaniach prowadzonych zgodnie z Pzp zasada swobody umów doznaje ograniczeń. Zamawiający bowiem nie może swobodnie wybrać kontrahenta, tylko musi się dostosować do pewnych standardów i z góry narzuconych procedur, warunkujących wybór danej oferty jako najkorzystniejszej. Aby dokonać wyboru obiektywnie najkorzystniejszej oferty zamawiający, zgodnie z art. 133 ust. 1 Pzp, zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia. SWZ musi zawierać minimalnie między innymi projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy. Postanowienia umowy określają warunki, do których ma się dostosować wykonawca składający ofertę. Jest to istotne ze względu na fakt, że strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zmiana umowy może nastąpić w zakresie, w jakim zezwalają na to regulacje przewidziane w Pzp.

Zamawiający w § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, zawarł postanowienia przyznające mu jednostronne uprawnienia do ograniczenia czasu trwania umowy, a mianowicie: „3. Przestrzegając przepisów określonych w ustawie o finansach publicznych, umożliwiającym w zakresie objętym umową zaciąganie zobowiązań jednostce budżetowej, jedynie na rok budżetowy, do wysokości posiadanego budżetu, rozpoczęcie realizacji umowy i zakres jej realizacji w kolejnym roku (kolejnym etapie) nastąpi

---

<sup>1</sup> Tak w komentarzu "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 748.

*pod warunkiem zapewnienia Zamawiającemu przez dysponenta środków budżetowych II stopnia w planie finansowym na następny rok, środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot umowy.*

*4. W razie nieziszczenia się warunku, o którym wyżej mowa, w tym ograniczenia wysokości środków w planie finansowym na realizację tych zadań, umowa ulega rozwiązaniu z końcem roku (odpowiednio 2022, 2023, 2024), na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie z tego tytułu poza prawem do wynagrodzenia za wykonaną część umowy.”*

**Dowód:** Załącznik nr 3 do SWZ, str. 6 - w aktach postępowania.

Przedmiotowe zapisy ograniczają zakres zamówienia. 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. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia<sup>2</sup>.

Z powyższego wynika, że możliwe jest ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego jedynie w sytuacji, gdy zamawiający w dokumentach zamówienia określił minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Następuje to w trybie zmiany umowy przewidzianym w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i zakres zmian,
- 2) określają warunki wprowadzenia zmian,
- 3) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

A zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.

Do obowiązków Zamawiającego należało więc zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia w przedmiotowym zamówieniu gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. Zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ - formularz cenowy z

---

<sup>2</sup> Tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3233/21.

podziałem na zadania, wykonawcy są obowiązani do wyceny wyszczególnionych usług w przeliczeniu na wskazaną przez okres 4-letniego trwania umowy liczbę miesięcy, z czego większość świadczeń ma być obliczona w przeliczeniu na 36 miesięcy.

**Dowód:** Załącznik nr 6 do SWZ – formularz cenowy z podziałem na zadania (w aktach postępowania).

Natomiast, w projektowanym postanowieniu Zamawiający zastrzegł możliwość ograniczenia zamówienia do okresu jednego roku, dwóch lat lub trzech lat, które to ograniczenie ma następować na podstawie pisemnego powiadomienia wykonawcy. Z przedmiotowego postanowienia wynika, że Zamawiający może dokonać powiadomienia o rozwiązaniu umowy w dowolnym czasie, **nawet 31 grudnia danego roku – wtedy umowa przestałaby obowiązywać w dalszym zakresie od 1 stycznia**. Takie postanowienie, daje zamawiającemu niczym nieskrępowaną możliwość ograniczenia zamówienia, przy jednoczesnym braku zabezpieczenia roszczeń wykonawcy. Wszakże świadczenie usług sprzątania wiąże się z oddelegowaniem określonej liczby pracowników – zawarciem umów o pracę na określony czas, zakupem środków czystości oraz sprzętu, oddelegowaniem maszyn, urządzeń i innych elementów infrastruktury do wykonania zamówienia. Rozwiązanie umowy z dnia na dzień przez Zamawiającego będzie niewątpliwie powodowało po stronie wykonawcy szkodę. Postanowienie takie jest nieuzasadnione - przede wszystkim należy mieć na uwadze, że Zamawiający jest dysponentem środków budżetu państwa. Zgodnie z art. 141 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1634), Rada Ministrów uchwała projekt ustawy budżetowej i wraz z uzasadnieniem przedkłada go Sejmowi w terminie do dnia 30 września roku poprzedzającego rok budżetowy. Ustawa budżetowa przewiduje wydatki związane z działalnością nadzorowaną przez poszczególne Ministerstwa, w tym Ministerstwo Obrony Narodowej. Z powyższego wynika, że Zamawiający jest w stanie określić termin, w którym powyższe informacje dotyczące środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot umowy.

A zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w dowolnym momencie w trakcie realizacji zamówienia, co prowadzi do zachwiania równowagi kontraktowej stron.

#### **6. *Naruszenie przez Zamawiającego art. 436 pkt 4 lit. b Pzp***

Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b Pzp, umowa zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia określające w szczególności zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,

- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie 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 ubezpieczenie 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342),
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zasadniczym celem wprowadzenia powyższej regulacji jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. „Wymienione w art. 142 ust. 5 p.z.p. [aktualnie 436 pkt 4 lit. b Pzp] stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez odpowiednie 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”<sup>3</sup>.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 marca 2015 r., stwierdziła że: „na wstępie zauważyć należy, że przepis art. 142 ust. 5 P.z.p. [aktualnie 436 pkt 4 lit. b Pzp] został wprowadzony w celu przeciwdziałania negatywnym następstwom wzrostu po stronie wykonawców kosztów realizacji zamówień udzielonych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wynikających ze zmian przepisów prawa w obszarach wyszczególnionych w pkt 1-3. Zdecydowano bowiem, że w ściśle określonych przypadkach wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie wyższe niż umówione, aby w ten sposób niwelować ryzyko spadku opłacalności (czy też zaistnienia stanu nieopłacalności) realizacji zamówień publicznych. W konsekwencji twierdzenia Zamawiającego o dopuszczalności rozłożenia na strony umowy mogących pojawić się w toku jej wykonywania dodatkowych kosztów związanych z zaistnieniem jednej z objętych dyspozycją komentowanego przepisu sytuacji świadczyć mogły o niezrozumieniu jego ratio legis. Ergo stroną, która z woli ustawodawcy ponosić będzie finansowe konsekwencje zmian legislacyjnych będzie wyłącznie Zamawiający. Użyte w komentowanym przepisie określenie "odpowiednie zmiany wysokości wynagrodzenia" należy bowiem tłumaczyć, jako "adekwatne", czy "wprost proporcjonalne" do zmian wprowadzonych w określonych przepisach prawa. Następnie zauważyć trzeba, że na mocy komentowanego

---

<sup>3</sup> Stanowisko z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 346/15, które nie utraciło swojej aktualności, mimo, że zostało wydane na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.



*przepisu zamawiający został zobligowany do określenia w umowie zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jednocześnie przyznano mu wyłączne uprawnienie określania treści i poziomu szczegółowości wspomnianych zasad. Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle, żeby w toku realizacji umowy strony nie toczyły sporów w tym zakresie, bądź dopiero wówczas rzeczywiście ustalały stosowne zasady [podkr. wł.]”*

Cena ofertowa, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, zawiera podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Zamawiający w treści SWZ wskazał na konieczność skalkulowania ceny ofertowej według kalkulacji własnej, lecz w oparciu o dane wskazane w SWZ oraz formularzu ofertowym oraz formularzu cenowym z podziałem na zadania. Cena ta obejmuje należny podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie oraz wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu - należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami prawa realizacji usługi, a także wszelkie nakłady osobowe, sprzęt, wyposażenie i prace, które są niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów.

Podkreślenia wymaga, że cena ofertowa ma zostać oszacowana w oparciu o wiele elementów cenotwórczych, w tym koszty ponoszone w związku z obowiązkiem zatrudnienia pracowników na umowę o pracę. Wynagrodzenie jest należne Wykonawcy za wykonanie usługi obejmującej sprzątanie powierzchni zewnętrznych i wewnętrznych. Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług podstawą opodatkowania, z zastrzeżeniem ust. 2, 3 i 5, art. 30a-30c, art. 32, art. 119 oraz art. 120 ust. 4 i 5, jest wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej, włącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika. Powyższe oznacza, że zwiększenie kosztów w związku ze:

- 1) zmianą minimalnego wynagrodzenia za pracę,
  - 2) zmianą zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu lub w wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,
  - 3) zmianą zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych,
  - 4) zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia,
- przekładające się na wzrost wynagrodzenia netto Wykonawcy, wpływa także na „waloryzację” należnego podatku VAT. Przyjmując zapisy umowy skonstruowane przez Zamawiającego w § 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, wynagrodzenie nie zostanie zwaloryzowane do pełnego kosztu ponoszonego przez

Wykonawcę, gdyż faktura będzie opiewała na kwotę brutto, a więc w zwaloryzowanej stawce będzie się mieścił także podatek VAT, czyli Wykonawca faktycznie otrzyma wynagrodzenie nieadekwatne do wysokości wzrostu kosztów, np. w związku ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia. Zważyć należy, że wynagrodzenie dotyczy realizacji usługi, a więc mieści w sobie wszystkie koszty niezbędne z jej realizacją, w tym obciążenia publicznoprawne związane z zatrudnianiem pracowników, jak również koszt cen materiałów. Wyżej wymienione koszty ponoszone przez wykonawcę mieszczą się w elementach wynagrodzenia netto usługi, od której naliczany jest podatek VAT - **wzrost wynagrodzenia netto Wykonawcy wpływa bezpośrednio na zwiększenie kwoty należnego podatku VAT.**

Przewidziane we wzorze umowy zapisy dotyczące zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w postaci:

„2) **Wynagrodzenia jednostkowego netto** [podkr. wł.] - w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę;

3) **Wynagrodzenia jednostkowego netto** [podkr. wł.] - w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu lub w wysokości składki na ubezpieczenie społeczne bądź zdrowotne, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę,

4) **Wynagrodzenia jednostkowego netto** [podkr. wł.] – w przypadku zaistnienia lub zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 04.10.2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

5) **Wynagrodzenia jednostkowego netto** [podkr. wł.] – w przypadku zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia.”,

prowadzą do wniosku, jakoby zmiana wynagrodzenia miała dotyczyć jedynie kwoty netto wykonania zamówienia, natomiast wysokość wynagrodzenia brutto powinna zostać na dotychczasowym poziomie, co jest niezgodne z zasadami fiskalnymi naliczania podatku VAT - wynikałoby z tego, że część wynagrodzenia Wykonawcy jest opodatkowana stawką VAT 0 % lub zwolniona z tego podatku, w sytuacji gdy nie ma podstaw do przyjęcia takiej stawki ani zwolnienia części zwaloryzowanego wynagrodzenia z podatku od towarów i usług.

Co istotne, podatek VAT stanowi podatek pośredni, który konstrukcyjnie ma być neutralny ekonomicznie dla podatnika. Wykonawca składając ofertę kalkuluje wysokość ceny, a zatem i przysługującego mu wynagrodzenia, z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku VAT. W tym zakresie podatek stanowi jedynie czynnik cenotwórczy niezależny od woli wykonawcy. Kwota podatku VAT nie ma zatem wpływu na korzyści ekonomiczne osiąmane przez wykonawcę z tytułu wykonania zamówienia.

Z powyższego wynika bezsprzecznie, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy wywołana zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom

społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu lub w wysokości składki na ubezpieczenie społeczne bądź zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia, wpływa bezpośrednio na zmianę wynagrodzenia jednostkowego brutto wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zasadny jest więc wniosek o zmianę zapisów wzoru umowy.

#### **7. Naruszenie przez Zamawiającego art. 439 ust. 2 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c.**

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek przewidzenia w umowie, której przedmiotem są usługi, zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. 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.

*„Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji”<sup>4</sup>.*

Zamawiający w § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy przewidział zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów

---

<sup>4</sup> Tak w komentarzu "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 1165.

bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia, po minimum 20% zmianie cen w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej, uzależniając rozpoznanie wniosku – i w konsekwencji możliwość wprowadzenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy – od przedstawienia kompletnej, precyzyjnej, rzetelnej „szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym, w tym kosztów poniesionych na zakup materiałów wraz z dokumentami potwierdzającymi dane kalkulacyjne (w tym wzrost cen materiałów)”. Ponadto Zamawiający określił możliwość pierwszej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, a każdego kolejnego wniosku dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia dokonania ostatniej zmiany umowy.

**Po pierwsze**, zmiana cen jednostkowych jest uzależniona od przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym. Zamawiający nie określił poziomu „szczegółowości” kalkulacji, ani elementów składowych, jakie mają zostać przedstawione, jednocześnie zastrzegając, że „nieprzekazanie przedmiotowych kalkulacji lub przekazanie kalkulacji niekompletnej, nieprecyzyjnej lub nierzetelnej będzie stanowić podstawę do odmowy uwzględnienia wniosku o zmianę wynagrodzenia umownego z uwagi na brak możliwości realnej weryfikacji wniosku, tj. ustalenia wpływu zmian na koszty realizacji zamówienia”. Powyższy zapis jest nieprecyzyjny i powoduje, że możliwość waloryzacji wynagrodzenia uzależniona jest od przedłożenia bliżej nieskonkretyzowanej kalkulacji, czyli de facto od wolicjonalnej decyzji Zamawiającego i swobodnej oceny przez Zamawiającego, czy przedstawiona kalkulacja jest wystarczająco szczegółowa.

**Po drugie**, zmiana wysokości wynagrodzenia ze względu na zmianę cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia może nastąpić po raz pierwszy po 6 miesiącach świadczenia usług, zaś każda kolejna zmiana dopiero po 12 miesiącach, przy czym zmiana wysokości wynagrodzenia ma obowiązywać od daty złożenia umotywowanego i udokumentowanego wniosku. Powyższy zapis jest niegodny z celem, jakiemu ma służyć klauzula waloryzacyjna - dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości, zmniejszające ryzyko nienależytej realizacji świadczenia.

Zaistnienie wzrostu cen na wymaganym przez Zamawiającego poziomie powinno samo w sobie aktualizować możliwość złożenia wniosku o waloryzację. Upływ kolejnych 12 miesięcy od dokonania pierwszej waloryzacji może powodować niewspółmierną szkodę po stronie wykonawcy i grozić ryzykiem niewykonania zamówienia. W tym kontekście należy mieć na uwadze szczególną sytuację społeczno - gospodarczą wywołaną wojną w Ukrainie, kryzysem uchodźczym, a także skutkami pandemii COVID-19. Powszechnie wiadomym jest, że skutki pandemii COVID-19 w dalszym ciągu wpływają negatywnie na realizację umów. Pandemia wywołała utrudnienia takie jak zerwanie łańcuchów dostaw towarów, brak materiałów i surowców, a także globalny wzrost cen, co ma bezpośrednie przełożenie na koszt realizacji przedmiotowego zamówienia. Trwająca w Ukrainie wojna istotnie zwiększyła skalę

powyższych problemów. W wyniku wojny w Ukrainie nastąpił wzrost cen surowców na rynkach światowych, który w konsekwencji powoduje dalszy wzrost cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia na polskim rynku. Podwyżki cen oraz problemy z płynnością dostaw z Ukrainy, Rosji i Białorusi, przekładają się na ograniczenie dostępności materiałów na rynku, przy jednocześnie niezmiennym popycie. Konsekwencją zachwiania łańcuchów dostaw jest kolejna fala wzrostu cen surowców, takich jak chociażby celuloza, która jest istotnym surowcem w produkcji materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Nie bez znaczenia pozostaje także obserwowany wzrost cen paliwa. Konflikt zbrojny na Ukrainie spowodował także gwałtowny wzrost cen paliw, co znajduje bezpośrednie przełożenie na wzrost kosztów transportu, a więc także kosztów zakupu materiałów, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Podkreślić należy, że na wzrost cen materiałów bezpośredni wpływ mają także koszty niezwiązane bezpośrednio z ich wytworzeniem, takie jak transport oraz koszty zatrudnienia pracowników, co również wpływa na wysokość kosztów realizacji zamówienia, ponoszonych przez Wykonawcę.

Istotnym jest także rosnąca inflacja. Aktualnie notowany jest rekordowy wzrost inflacji – w czerwcu 2022 r. inflacja w ujęciu rocznym wyniosła 15,5% w stosunku do czerwca 2021 r. (przy wzroście cen towarów – o 16,8% i usług – o 11,5%). W stosunku do poprzedniego miesiąca ceny towarów i usług wzrosły aż o 1,5% (w tym towarów – o 1,7% i usług – o 1,0%). Powyższe powoduje, że wykonawcy nie są w stanie przewidzieć kosztów, jakie będą musieli ponieść związanych z realizacją zamówienia, tym bardziej, że Zamawiający w § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, zawarł postanowienia przyznające mu jednostronne uprawnienia do ograniczenia czasu trwania umowy. Ograniczenie czasu trwania umowy powoduje, że wykonawcy nie mogą zminimalizować ryzyka wystąpienia wzrostu kosztów materiałów, takich jak np. środki czystości, poprzez zakupienie ilości niezbędnej do zrealizowania usług. Uzależnienie możliwości złożenia kolejnego wniosku o waloryzację wynagrodzenia od upływu 12 miesięcy niewątpliwie jest sprzeczne z charakterem przedmiotowego zamówienia oraz warunkami świadczenia usługi, a nadto powoduje, że waloryzacja nie będzie miała praktycznego zastosowania.

Zasadnym jest wniosek o zmianę § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy poprzez wprowadzenie możliwości złożenia kolejnego wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia, po spełnieniu warunków niezbędnych dla dokonania zmiany (w tym po określonym wzroście cen), niezależnie od tego, jaki czas upłynął od dnia ostatniej zmiany.

**Po trzecie.** Zamawiający zastrzegł jako poziom zmiany cen związanych z realizacją zamówienia uprawniający do zmiany wynagrodzenia na poziomie minimum 20 % w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej. Jest to poziom nierealny do osiągnięcia (o czym świadczy np. wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych), a przez to zapisy w zakresie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy są pozorne.

Jak wynika z ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego komunikatu pn. Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych w czerwcu 2022 r., zanotowano wzrost w porównaniu z analogicznym miesiące poprzedniego roku o 15,5 % ogółem, przy czym koszty prowadzenia gospodarstwa domowego – wzrost o 8,5 % (w tym środków czyszczących i konserwujących – wzrost o 5,6 %), użytkowanie mieszkania lub domu i nośniki energii – wzrost 18,8%. W czerwcu bieżącego roku w porównaniu z poprzednim miesiącem największy wpływ na wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem miały wyższe ceny w zakresie transportu (o 6,6%), mieszkania (o 1,7%), żywności (o 0,7%) oraz rekreacji i kultury (o 1,7%), które podwyższyły wskaźnik odpowiednio o 0,69 p. proc., 0,44 p. proc., 0,17 p. proc. i 0,10 p. proc. Niższe ceny w zakresie odzieży i obuwia (o 1,4%) obniżyły ten wskaźnik o 0,06 p. proc.

*„(...) niewątpliwie klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia”<sup>5</sup>.*

Z powyższego wynika, że osiągnięcie minimalnego pułapu wzrostu kosztów przewidzianego przez Zamawiającego (20%) zostało ustalone na poziomie niemożliwym do osiągnięcia, co powoduje, że klauzula waloryzacyjna ma pozorny charakter. Nawet obecna sytuacja społeczno-gospodarcza nie doprowadziła do tak istotnego wzrostu cen, jak wzrost o 20%.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

**Załączniki:**

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 3) wydruk z CIKRS Odwołującego,
- 4) dowód uiszczenia wpisu,
- 5) Regulamin Programu Gwarant Czystości i Higieny,
- 6) Opinia Federacji Przedsiębiorców Polskich, Polskiej Izby Gospodarczej i TÜV Rheinland Polska pn. „Gwarant Czystości i Higieny” w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a usługi utrzymania czystości/usługi pralnicze”, dostępna na stronie internetowej: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/forum-praktyk-branzowych/uslugi-naprawcze-i-konserwacyjne>,
- 7) dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.

---

<sup>5</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10.09.2021 r., sygn. akt: KIO 2355/21