

Wrocław, dnia 05 czerwca 2023 r.

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

Odwołujący:

Impel Facility Services sp. z o.o.
ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław
KRS: 0000005901 NIP: 9542250979

numer telefonu:

510 013 153

adres poczty elektronicznej:

k.grabek@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Grabek Katarzyna

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Myślenicach

32-400 Myślenice, ul. Szpitalna 2

NIP: 681-169-06-68; REGON: 000300570

Informacja (012) 27-30-355, 27-30-205

Sekretariat 37-20-670, 37-20-671

Fax. 27-21-855

e-mail: dzp@szpitalmyslenice.pl

adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

<https://www.platformazakupowa.pl/pn/szpitalmyslenice>

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 na niezgodne z przepisami Ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Usługi kompleksowego, specjalistycznego sprzętania i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracyjnych oraz wykonywania transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego.* (znak postępowania: 17/PN/23).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 099 – 308783 z dnia 24.05.2023 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Usługi kompleksowego, specjalistycznego sprzętania i utrzymania czystości w pomieszczeniach*

szpitalnych i administracyjnych oraz wykonywania transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego Numer referencyjny: 17/PN/23.

- 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. 433 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści projektu umowy postanowień umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 2) art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 Ustawy oraz w zw. z art. art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w projekcie umowy maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 436 pkt 4 ppkt b Ustawy;
- 3) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez ustalenie postanowień ustalenie w treści projektu umowy pozornych 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 6 miesięcy;
- 4) art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 58 kc poprzez:
 - a) określenie w treści projektu umowy kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stać u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę;
 - b) ustanowienie w treści § 11 projektu umowy kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a tym samym opisanie okoliczności naliczenia kar umownych w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;
- 5) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia, tj. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu na nieodpowiednim poziomie;

- 6) art. 241 ust. 1, 2, 3 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez określenie w dokumentach postępowania wymogu przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych - certyfikatów, na potwierdzenie spełnienia kryterium jakościowego w sposób niejednoznaczny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców

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) w zakresie zarzutu nr 1) - dodanie do projektu umowy postanowienia, że:

Całkowita maksymalna wielkość ograniczeń zamówienia, dopuszczalnych na podstawie postanowień niniejszej umowy nie przekroczy 10% wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 2 ust. 1 umowy.

- 2) w zakresie zarzutu nr 2 – zmianę postanowień § 2 ust. 9 projektu umowy w następujący sposób:

Łączna maksymalna wartość zmian wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień ust. 5 - 8, nie może przekroczyć 20% wysokości dwudziestoczekrotności całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 umowy.

- 3) w zakresie zarzutu nr 3 – zmianę postanowień § 2 ust. 9 obu projektu umowy w następujący sposób:

Łączna maksymalna wartość zmian wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień ust. 5 - 8, nie może przekroczyć 20% wysokości dwudziestoczekrotności całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 umowy.

- 4) w zakresie zarzutu nr 4 - zmianę postanowień § 11 pkt 3 ppkt 3.1. obu projektu umowy w następujący sposób:

Za nienależyte wykonanie usługi stwierdzone i udokumentowane w sposób określony w załączniku nr 1a do umowy – w zależności od rodzaju usługi oraz rodzaju stwierdzonych uchybień zgodnie z protokołem kontroli w wysokości:

3.1 za stwierdzone w wyniku kontroli zawinione uchybienia w zakresie realizowanej usługi kompleksowego sprzątnięcia i realizacji innych czynności objętych niniejszą umową - 50 zł. za każde uchybienie miesięcznie nie więcej jednak niż 0,5.% wynagrodzenia netto określonego w § 2 ust. 1 umowy

- 5) w zakresie zarzutu nr 5 – zmianę postanowień rozdz. V pkt 1.1 SWZ na przykład w następujący sposób:

Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej 2 usługi kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych wraz z wykonywaniem transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego o wartości usług nie mniejszej niż 3.500.000,00 zł brutto rocznie każda i czasie trwania ciągłego, nie mniej niż w ciągu 12 miesięcy bez przerw,

- 6) w zakresie zarzutu nr 6 – zmianę postanowień rozdz. XV pkt 3 ppkt 3.1.3. SWZ na przykład w następujący sposób:

Kryterium 3 – certyfikaty

Wartość kryterium – 20%

- *Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” w zakresie usług utrzymania czystości ze specjalnością ogólną i medyczną, wydany przez jednostkę akredytowaną lub równoważną.*
 - a) *Znaczenie kryterium – 10 punktów*
 - b) *Opis sposobu oceny ofert według ww. kryterium:*
 - *Wykonawca posiadający ww. dokument w kryterium Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” otrzyma 10 punktów.*
 - *Brak ww. dokumentu Wykonawca w kryterium Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” otrzyma 0 punktów.*
- *Certyfikat Systemu zarządzania jakością wg wymagań normy ISO 9001:2015 z zakresu usług pomocowych oraz transportu wewnątrzszpitalnego dla pacjentów oraz podmiotów leczniczych wystawiony przez jednostkę akredytowaną lub inną równoważną.*
 - a) *Znaczenie kryterium – 10 punktów*
 - b) *Opis sposobu oceny ofert według ww. kryterium:*
 - *Wykonawca posiadający ww. dokument w kryterium Certyfikat Systemu zarządzania jakością otrzyma 10 punktów.*
 - *Brak ww. dokumentu Wykonawca w kryterium Certyfikat Systemu zarządzania jakością otrzyma 0 punktów.*

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. 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 wskazanych 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. 1 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 24.05.2023 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 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.: *Usługi kompleksowego, specjalistycznego sprzętania i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracyjnych oraz wykonywania transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego.*

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, gdyż:

1. MINIMALNA WARTOŚCI LUB WIELKOŚCI ŚWIADCZENIA STRON

1.1. Zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 2 projektu umowy:

Wynagrodzenie określone w ust. 1 powyżej może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu w drodze pisemnego aneksu, w przypadku zmiany zakresu świadczenia Wykonawcy – w szczególności uruchomienia nowych komórek szpitala, czasowego wyłączenia z umowy komórek użytkowanych lub reorganizacji komórek organizacyjnych szpitala a także w przypadku konieczności zmiany terminu wykonania umowy lub jej części, czasowego zawieszenia wykonywania umowy lub jej części, bądź zmiany sposobu wykonania zamówienia, wynikających z przyczyn obiektywnych, niezależnych od stron umowy, takich jak stany zagrożenia epidemicznego, epidemia lub pandemia.

1.2. Mając na uwadze powyższe postanowienia SWZ, Odwołujący podnosi, że są one niezgodne z

art. 433 pkt 4 Ustawy, gdyż:

- 1) dopuszczają nieograniczoną możliwość redukcji zamówienia przez Zamawiającego;
- 2) maksymalność wielkość lub wartość redukcji zamówienia jest nieograniczona;
- 3) minimalna gwarantowana wielkość świadczenia wykonawcy jak i zamawiającego jest nieznaną i nieokreślona w postanowieniach umowy;
- 4) redukcja zamówienia może nastąpić z dowolnych powodów;
- 5) ograniczenie wielkości zamówienia będzie skutkowało jednocześnie proporcjonalnym obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy w ujęciu miesięcznym i całkowitym.

1.3. Wobec powyższego, wykonawca na podstawie SWZ nie uzyskał, informacji jaka jest maksymalna wielkość lub wartość usługi, która może być wyłączna w związku z umową oraz nie uzyskał informacji jaki jest maksymalny okres wyłączenia. Wartości i wielkości podane w SWZ są nieokreślone, pozwalają na ich dowolną i rozszerzającą interpretację w toku realizacji umowy a w konsekwencji obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zwiększonych lub wydłużonych włączeń. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że wbrew wymogom art. z art. 433 pkt 4 Ustawy, wzór umowa nie zawiera minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron mimo, że Zamawiający zastrzegł możliwość ograniczenia zamówienia.

1.4. Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, *Zamawiający w umowie nie może zastrzegać sobie prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Oznacza to, że przedmiot umowy powinien być określony w taki sposób, by wykonawca mógł ustalić minimalny, pewny zakres lub wielkość przyszłego swojego świadczenia oraz wysokość odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Wymiar tego zakazu jest dwojaki. Po pierwsze, chroni on wykonawcę przed stratami ponoszonymi w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, w sytuacji gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy jest znacznie mniejszy czy wręcz znikomy. Po drugie, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia, a co za tym idzie - przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie W opisie przedmiotu zamówienia zakresu gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.) uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Izba wskazała, że zastrzeżenie takie prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla*

każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego. Zatem, jeśli nawet zamawiający nie jest w stanie w precyzyjny sposób określić swoich potrzeb, dla zaspokojenia których udziela zamówienia, nie może określić jedynie maksymalnej wartości zobowiązania i zastrzec, że zamówienie będzie realizować według bieżących, rzeczywistych potrzeb. Zobowiązany jest wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Zamawiający może w takim przypadku skorzystać również z instytucji prawa opcji, które pozwala na rozszerzenie zamówienia podstawowego o towarzyszące mu usługi lub dostawy. (Jaworska Marzena [red.], *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, 2021, [w]: komentarz do art. 433, pkt B.4).

- 1.5. Odwołujący podkreśla, że ww. działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 433 ustawy Pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 433 ustawy Pzp było m.in., że „specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.
- 1.6. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Prawem zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać w szczególności zakres zamówienia. Innymi słowy powinien on określać „ilość zamówienia” (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08). Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym umożliwia, bowiem wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty. Odrębną kwestią jest to, że Zamawiający tylko wskutek prawidłowego przedmiotu zamówienia będzie mógł prawidłowo oszacować wartość zamówienia z należytą starannością. Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie dają podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem jego ilości/wielkości, nawet w przypadku, gdy jego zapotrzebowanie jest trudno przewidywalne. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09), zgodnie, z którym „przepis art. 29 ust. 1 ustawy nie daje podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zapotrzebowanie Zamawiającego jest trudno-przewidywalne. Sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów leczniczych, nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji”. Stosownie do postanowienia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać

uczciwą konkurencję.

1.7. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 99 ust.1 *in principio* ustawy Pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest, zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części usług lub dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z art. 29 tejże ustawy (arg. z wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05). Ponadto, jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (orzeczenie SO dla Warszawy – Pragi z 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05), *„niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby Zamawiającego (...), gdyż jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego”*.

1.8. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. *„Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”*. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że *„Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasada równości stron umowy”*.

Należy mieć przy tym na uwadze, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Podkreślenia wymaga również fakt, że również zgodnie z dominującym poglądem doktryny Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, o ile Zamawiający wskaże minimalny próg, do jakiego zobowiązany będzie wykonać zamówienia, a który nie będzie w sposób znaczący odbiegać od wartości maksymalnych (W. Bertman-Janik „Zamówienia na leki”, Przetargi publiczne 2007 r., nr 4, s. 40)

1.9. Odwołujący podkreśla ponadto, że kwestionowane postanowienia SWZ nie pozwalają Wykonawcy na należyte skalkulowanie optymalnej ceny w swojej ofercie. Optymalna cena w ofercie Wykonawcy uzależniona jest, bowiem od minimalnej gwarantowanej wielkości zamówienia, a nie maksymalnej szacowanej ilości, usług które może zakupić Zamawiający. Tak, więc inna cena będzie dla maksymalnej ilości zadeklarowanej SWZ, a inna dla ilości

pomniejszonych w myśl ww. postanowień SWZ. Przyjęcie możliwości dowolnego zmniejszenia wielkości zamówienia dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez Zamawiającego. Ponadto istotnym jest także, że rezultatem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywileje. Istnienie kwestionowanego zapisu w projekcie umowy powoduje to, że Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.

1.10. Odwołujący zwraca również uwagę, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, co pozwala uznać je za niejasne, nieprecyzyjne, dowolne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia społecznego, winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty jak i potencjalnej umowy. Zasady te mają zapewnić równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (wyrok z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

1.11. Odwołujący dodatkowo podkreśla, iż opisane przez Zamawiającego warunki zmiany zamówienia w postaci zmniejszenia są konstruowane w sposób niedookreślony. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach, z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy w zakresie wielkości sprzątaných powierzchni i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Akceptacja zmiany zamówienia na zasadach określonych w SWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej stron postępowania - Zamawiającego i stanowi nadużycie prawa.

W przedmiotowej kwestii KIO podobnie wypowiedziało się w wyrokach:

KIO z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07:

Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.

KIO z dnia 2 stycznia 2017 r. sygn. akt 2346/16

Zastrzeżenie przez zamawiającego w projekcie umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza, bowiem po

stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty.

Prowadzi także do naruszenie uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny, co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym

2. MAKSYMALNA WARTOŚCI ZMIANY WYNAGRODZENIA, JAKĄ ZAMAWIAJĄCY DOPUSZCZA W EFEKCIE ZASTOSOWANIA KLAUZULI WALORYZACYJNEJ, O KTÓREJ MOWA W ART. 436 PKT 4 PPKT B USTAWY

2.1. Zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 9 projektu umowy:

Łączna maksymalna wysokość wartość zmian wynagrodzenia, nie może przekroczyć 10% wysokości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 projektu umowy.

2.2. Odwołujący podnosi, że ww. zastrzeżenie jest niezgodne z Ustawą, gdyż skutkuje uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy w okolicznościach wymienionych w art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy. Zamawiający na mocy ww. postanowienia jest uwolniony od zmiany (waloryzacji) wynagrodzenia wykonawcy ponad wartość wskazaną w umowie. Zważywszy na fakt, że przepis art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujący to działania mające na celu uchylene jego stosowania lub znoszące jego działanie są niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego.

Odwołujący zaznacza, że postanowienie § 2 ust. 9 projektu umowy nie zostało zastrzeżone wyłącznie dla skutków waloryzacji, o której mowa w art. 439 Ustawy. Z literalnego brzmienia ww. postanowienia umownego, że dotyczy ono każdej zmiany wynagrodzenia wykonawcy a więc także zmiany, o której mowa w 436 ust. 4 lit. b) Ustawy.

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

jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

Odwołujący pozwala sobie także zaznaczyć, na temat ww. przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyrok z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem, który zachował aktualność w obowiązującym stanie prawnym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je 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.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. Klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;

- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

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

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

3. WADLIWE POSTANOWIENIA WZORU UMOWY - art. 439 Ustawy.

3.1. Zgodnie z postanowieniami § 2 ust. 9 projektu umowy:

Łączna maksymalna wysokość wartość zmian wynagrodzenia, nie może przekroczyć 10% wysokości całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 projektu umowy.

Zgodnie z § 2 ust. 1 projektu umowy:

Miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe brutto na dzień zawarcia umowy wyraża się kwotą zł. brutto (słownie złotych) zgodnie z treścią złożonej oferty, stanowiącej załącznik nr do umowy.

3.2. Termin realizacji zamówienia określony w SWZ dla każdego z zadań wynosi: 24 miesiące.

3.3. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający ograniczył wysokość swojej partycypacji w zmienionych kosztach wykonania zamówienia do 10% miesięcznej wartości wynagrodzenia wykonawcy. W ocenie Odwołującego powyższa wartość stanowi około 1% całkowitej wartości umowy przez 24 miesiące. Tak nisko ustalony próg partycypacji Zamawiającego w zmienionych kosztach wykonania zamówienia dowodzi, że ww. klauzula ma charakter pozorny i w rzeczywistości ma na celu uwolnienie Zamawiającego od dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy w myśl art. 439 Ustawy.

Na skutek powyższego postanowienia umownego przywołana klauzula nie będzie skutkowałą aktualizacją wynagrodzenia, ale spowoduje utratę ekwiwalentności świadczeń Zamawiającego względem wykonawcy. Innymi słowy Zamawiający zapłaci na wykonanie umowy cenę niższą niż rzeczywista wartość świadczenia, pomimo zastosowania klauzuli mającej chronić świadczenia stron przed dewaluacją.

Odwołujący podnosi, że wartościowy limit zmian do umowy określony w ww. klauzuli waloryzacyjnej symbolicznie tylko finansuje zmiany kosztów wykonania zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że indeksacja dokonana zgodnie z ww. klauzulą prowadzić będzie do niepoporcjowanej (zbyt niskiej) podwyżki wynagrodzenia wykonawcy względem wzrostu kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący podnosi, że podział nadzwyczajnych kosztów wykonania zamówienia nie jest

sprawiedliwy i niewspółmiernie obciąża wykonawcę ryzykiem samodzielnego ponoszenia wydatków spowodowanych zjawiskami nadzwyczajnymi i nieprzewidywalnymi.

Zgodnie z celem ww. umownej klauzuli jest wyłączenie albo co najmniej ograniczenie obowiązku partycypacji Zamawiającego w zwiększonych kosztach wykonania zamówienia.

3.4. 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 zobowiązujących Zamawiającego do nieistotnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy. 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.

3.5. 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.

3.6. 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 powinnośc 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.

3.7. Odwołujący zaznacza również, że 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.

Przerzucanie na wykonawcę całości lub większości 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 przerzucać 90% 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.

Odwołujący podkreśla również, że 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 trzech 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.

- 3.8. Uwagi wymaga również, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej *wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy (obecnie specustawa zmieniła okres 12 miesięcy na 6 miesięcy), ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może być spowodowane zaistnieniem równych przyczyn, w tym także przyczyn zewnętrznych, które powodują bezwzględną konieczność zmiany wynagrodzenia. Podstawą roszczenia wykonawcy o zmianę wynagrodzenia będzie więc spełnienie przesłanek zawartych we wzorze umowy. Zamawiający jest bowiem do zobowiązany do wprowadzenia do wzoru umowy obligatoryjnych elementów wskazanych w treści art. 439 ustawy Pzp, wśród których istotne znaczenie ma określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w wyniku wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych. Powyższe wynika z tego, że Zamawiający będący podmiotem finansów publicznych działa w oparciu o plany finansowe. Dlatego też tak istotne jest wcześniejsze ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy. To bowiem Zamawiający ustala we wzorze umowy zarówno sposób dokonania waloryzacji wynagrodzenia jak i wartość maksymalnej zmiany wynagrodzenia (wyrok KIO z dn. 08.09.2022 r. sygn.. akt: KIO 2193/22).*

Uwagi wymaga również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2023 r. sygn. akt: KIO 133/23 zgodnie, z którym *przyjęty przez Zamawiającego limit waloryzacji wynagrodzenia jest rażąco niewystarczający. Izba uwzględniła więc zarzut nr 2 i nakazała podwyższenie tego limitu do poziomu 20%. O ile Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie*

uzasadnił dlaczego żąda podwyższenia limitu waloryzacji wynagrodzeń właśnie do 20%, to w ocenie Izby poziom taki jest rozsądny w świetle zasad doświadczenia życiowego, a także uwzględnia aktualny poziom inflacji i jej możliwy wpływ na koszt realizacji zamówienia w zakładanym przez Zamawiającego okresie.

4. KARY UMOWNE

4.1. Zgodnie z § 11 pkt 3 ppkt 3.1. obu projektu umowy w następujący sposób:

Za nienależyte wykonanie usługi stwierdzone i udokumentowane w sposób określony w załączniku nr 1a do umowy – w zależności od rodzaju usługi oraz rodzaju stwierdzonych uchybień zgodnie z protokołem kontroli w wysokości:

3.1 za stwierdzone w wyniku kontroli zawinione uchybienia w zakresie realizowanej usługi kompleksowego sprzątnia i realizacji innych czynności objętych niniejszą umową - 50 zł. za każde uchybienie.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 ww. kary będą naliczane w następujących okolicznościach:

Kontrola wykonywanych usług;

Zamawiający zastrzega sobie prawo kontroli wykonywanych czynności bez ograniczeń w każdym czasie.

- a) Bieżącą kontrolę realizacji usługi przeprowadzają pielęgniarki oddziałowe i/lub kierownicy poszczególnych komórek organizacyjnych szpitala.*
- b) Okresową kontrolę realizacji usługi przeprowadzają:
 - Pielęgniarka Epidemiologiczna,
 - Pielęgniarka Naczelna,
 - inne uprawnione przez Dyрекcję Szpitala osoby.*
- c) Zamawiający zastrzega sobie prawo do wrywkowych kontroli mikrobiologicznych świadczonych usług. Badania mikrobiologiczne mogą być pobierane ze wszystkich powierzchni podlegających dezynfekcji, jak również rąk personelu.*
- d) W przypadku dodatnich wyników z posiewów czystościowych, Wykonawca będzie obciążony kosztami badań, dodatkowej dezynfekcji i badań kontrolnych.*
- e) Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontroli stanu czystości wszystkich powierzchni, materiałów i urządzeń służących do utrzymania czystości, w szczególności zestawów myjących, materiałów eksploatacyjnych (ściereczki, mopy), itp.*
- f) Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontroli środków zabezpieczonych do wykonania usługi znajdujących się w magazynie Wykonawcy na terenie Zamawiającego (kontrole w obecności Kierownika Obiektu).*
- g) Z planowanych i doraźnych kontroli sporządzone będą „Protokoły kontroli wykonania usługi utrzymania czystości”. Zamawiający dopuszcza również inne formy dokumentowania wyników kontroli np. notatka służbowa.*

- h) *Metoda oceny usług utrzymania czystości: Ocena stanu sanitarno -higienicznego będzie prowadzona w skali punktowej, po zakończeniu kontroli punkty będą sumowane. Wyrazy tak/nie zawarte w protokołach stanowią kryteria oceny, każda wymieniona pozycja jest oceniana w systemie 0 lub 1 punkt, w zależności od spełnienia danych wymagań. „Nie” odpowiada 0 pkt, „tak” odpowiada 1 pkt. Jeżeli któraś z wymienionych pozycji nie dotyczy kontrolowanego pomieszczenia, w miejsce punktacji będzie wpisane określenie ND (nie dotyczy).*
- i) *Za każdy punkt 0 pobierana będzie kara umowna w wysokości 50,00 zł., odliczana od miesięcznego wynagrodzenia.*

Miejsce kontroli czystości	Punktacja			Uwagi
	TAK 1 pkt	NIE 0 pkt	ND	
Wózek do sprzątnia, czysty, wyposażenie kompletne				
Meble, blaty, półki czyste				
Fotele zabiegowe/ginekologiczne czyste				
Łóżka, szafki przyłóżkowe czyste				
Lodówki czyste, odmrażane zgodnie z planem				
Drzwi, klamki, futryny, wyłączniki światła czyste				
Grzejniki, parapety czyste				
Okna czyste				
Ściany, listwy odbojowe czyste				
Podłogi czyste				
Baseny, kaczki, itp. postępowanie prawidłowe				
Umywalki, baterie czyste				
Miski ustępowe, deski, szczotki do wc czyste				
Pojemnik na papier toaletowy czysty i uzupełniony				
Kabiny prysznicowe, brodziki, czyste				
Pojemniki na: mydło, płyn dezynfekcyjny, ręczniki jednorazowego użytku, czyste i uzupełnione				
Stelaże, kosze na odpady -czyste wyłożone workiem foliowym w odpowiednim kolorze,				
Worki posiadają naklejkę opisaną zgodnie z Regulaminem postępowania z odpadami				
Schody, poręcze, barierki, wycieraczki, czyste				
Windy czyste				
Środki do sprzątnia (mycie i dezynfekcja) w oryginalnych opakowaniach, zgodne z planem higieny				
Ilość nakładek na mopa zużyta na 1 cykl mycia w dniu kontroli zgodna z metodą „ mopajednego kontaktu”				
Ilość ściereczek w dniu kontroli umożliwiająca mycie i dezynfekcję zgodnie z planem higieny				
Ilość pracowników firmy w dniu kontroli zgodna z umową				
Dokumentacja realizacji usługi prowadzona na bieżąco				
Środki chemiczne do powierzchni zgodne z umową				
Środki higieniczne zgodne z umową				
Sprzęt do sprzątnia –stan zgodny z umową				
Personel wykonuje usługę zgodnie z obowiązującymi procedurami				
Inne nieprawidłowości w realizacji usługi;				
Liczba uzyskanych punktów oraz ocen negatywnych				

Wzór protokołu stanowi załącznik do ogólnych warunków umowy.

Protokół kontroli wykonania Usługi utrzymania czystości.

Nazwa komórki organizacyjnej

Data przeprowadzenia kontroli

4.2. Przywołana powyżej kara umowna ma charakter rażąco wygórowany oraz prowadzi do tego, że obciążenie wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego a zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego nieuzasadnionemu wzbogaceniu Zamawiającego. Podobny pogląd został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 2574/18) tj.: *wysokość kary pieniężnej (...)nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniąc niecelowym jej wykonywanie.*

4.3. Odwołujący podkreśla, że ww. kary są wygórowane i stanowią nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia i potencjalnego zysku, jednocześnie pełniąc funkcje represyjną, nie zaś kompensacyjną.

Biorąc pod uwagę zakres zamówienia, czas realizacji oraz własne wieloletnie doświadczenie Odwołującego można przyjąć, że kara umowna ustalona przez Zamawiającego w wysokości 50 zł za każdorazowe uchybienie każdego punktu z ww. protokołu może wynieść jednorazowo 1500,00 zł. Przywołany protokół może sporządzony wielokrotnie każdego dnia wykonywania usługi.

4.4. Ponadto ww. kary umożliwiają nałożenie kary umownej za każdy stwierdzony przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bez określenia zamkniętego, doprecyzowanego katalogu tychże naruszeń. Postanowienia ww. § 11 umożliwiają więc Zamawiającemu w sposób dowolny traktować poszczególne zdarzenia, jako uprawniające do naliczenia kary umownej. Zamawiający może nakładać na wykonawcę kary umowne za każde uchybienie w realizacji kontraktu. Skutkiem powyższego nawet za niezawinione przez wykonawcę uchybienie, Zamawiający będzie mógł traktować jako przyczynę do naliczenia kary. Tymczasem sprzeczne z prawem jest naliczanie kary umownej za niezawinione uchybienie. Kara umowna może być nakładana za zawinione działanie lub zaniechanie wykonawcy a nie za okoliczności, które nie są od niego uzależnione, w tym niezawinione. Każde z postanowień § 11 ust. 1 i 2 projektu umowy umożliwia Zamawiającemu naliczenia kary umownej, w przypadku, gdyby wykonawca w sposób niezawiniony nie spełnił swojego zobowiązania umownego.

Istotnym jest również, że kary umowne powinny przysługiwać Zamawiającemu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z winy wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury,

w toku której strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. akt: II CR 419/67: (...) *jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.), kary umownej nie nalicza się.*

- 4.5. Odwołujący wskazuje ponadto, karanie za jakiegokolwiek uchybienie w wykonaniu umowy jest nadmiernym rygoryzmem, nieuzasadnionym z punktu widzenia ochrony interesów Zamawiającego oraz nadmiernie obciążającym dla wykonawcy. Zamawiający winien wskazać rodzaj uchybień podlegających karze oraz zdefiniować te uchybienia tj. przynajmniej określić kategorie uchybień, oznaczyć ich ciężar, zidentyfikować konkretne zachowanie podlegające karze.
- 4.6. Umowa powinna dokładnie określać na czym dokładnie ma polegać nierzetelne wykonanie usługi. Brak precyzyjnego określenia ww. okoliczności powoduje z jednej strony niejednoznaczność w zakresie określenia obowiązków wykonawcy, a z drugiej – stwarza ryzyko przyjęcia niekorzystnej (zbyt szerokiej) dla wykonawcy interpretacji – w przypadku zaistnienia sporu pomiędzy wykonawcą a zamawiającym – czy konkretne zdarzenie/zachowanie można traktować jako podstawę i przyczynę nałożenia kary. Dodatkowo w ocenie Odwołującego wysokość kary powinna być zróżnicowana – w zależności zarówno od wagi naruszenia obowiązku jak i jego istotności.
- 4.7. Brak mechanizmu stopniowania wysokości kary, zupełne oderwanie wysokości kary od faktu czy powstała lub ewentualnie w jakiej wysokości powstała szkoda oraz jaka była waga naruszonych obowiązków prowadzi w wielu wypadkach do konsekwencji w postaci nałożenia kary wygórowanej co zwykle skutkuje sporem sądowym. Sytuację taką opisuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 października 2017 r. (sygn. akt: V ACa 147/17) zgodnie, z którym: *stwierdzenie braku szkody, podobnie jak rozmiar ewentualnej szkody wywołanej opóźnieniem, zwłaszcza w relacji do wartości całego kontraktu, mają istotne znaczenie przy ocenie roszczenia dochodzonego tytułem kary umownej. Oceny czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu przepisu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając nie tylko wysokość powstałej szkody w związku z niewykonaniem zobowiązania, ale przede wszystkim przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenie kary, czy wagę i zakres nienależytego wykonania umowy. W sprawie tej kara ze 100 tysięcy zł. została zmiarkowana do poziomu 5 tysięcy złotych.*

Wskazane powyżej braki w zakresie podstaw i zasad naliczania kar umownych a więc elementu dotyczącego realizacji umowy i konsekwencji nienależytego wykonania umowy, należy uznać za dowodzące niejednoznaczności określenia przedmiotu zamówienia.

- 4.8. Odwołujący zaznacza również, że wykonawca chcąc w sposób odpowiedzialny i rzetelny przedstawić ofertę świadczenia zamawianych usług, musi mieć możliwość precyzyjnej oceny ryzyka związanego z umową. Zapisy umowy dotyczące kar umownych stanowią istotny element tego ryzyka i muszą być jednoznaczne.

4.9. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że przywołane powyżej postanowienia umowne dotyczące kar umownych, stanowią naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz są sprzeczne z podstawowymi celami kary umownej, stanowiącej surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Tak sformułowane klauzule dotyczące kar umownych pełnią w rzeczywistości funkcję represyjną, nie zaś kompensacyjną a poziom kar umownych nie znajduje uzasadnienia, gdyż ich wysokość jest zbyt wysoka i nieproporcjonalna względem określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.

5. WARUNEK DOTYCZĄCY ZDOLNOŚCI TECHNICZNEJ I ZAWODOWEJ (DOŚWIADCZENIE)

5.1. Zgodnie z postanowieniami rozdz. V pkt 1.1 SWZ:

Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej jedną usługę kompleksowego, specjalistycznego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych wraz z wykonywaniem transportu wewnętrznego i czynności pomocniczych przy pacjencie na zlecenie personelu medycznego o wartości usług nie mniejszej niż 3.000.000,00 zł brutto i czasie trwania ciągłego, nie mniej niż w ciągu 12 miesięcy bez przerw.

5.2. Odwołujący podnosi, że ww. warunek jest ustalony na nieodpowiednim minimalnym poziomie zdolności, gdyż dotyczy usług o innej skali złożoności i trudności w wykonaniu niż przedmiot zamówienia. Zamawiający oczekuje od wykonawców legitymowania się doświadczeniem którego wartość jest wielokrotnie niższa niż wartość przedmiotowego zamówienia wynikająca z opisu przedmiotu zamówienia. Ceny zaoferowane przez wykonawców w poprzednim zamówienia wynosiły średnio 8 500 000,00 zł.. Wartość wymaganego warunkiem doświadczenia wynosi 3.000.000,00 zł brutto co stanowi tylko niewielki ułamek ww. średniej wartości ofert. Wobec powyższego ww. warunek

5.3. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 112 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału Zamawiający, w granicach zakreślonych przez wyżej przywołany art. 112 i 116 pzp, definiuje cechy podmiotu (właściwości wykonawcy), jakie są niezbędne do uznania, że daje on gwarancję wiarygodności. Warunki, o których mowa w art. 112 i 116 pzp, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają bowiem na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Za taką wykładnią przemawia redakcja przepisu art. 112 i 116 pzp, a także cel, dla którego został on wprowadzony. W art. 112 ustawy Pzp ustawodawca określił jakiego rodzaju warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien spełnić wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu. „Sama idea warunków udziału związana jest ze sprawdzeniem wiarygodności wykonawcy do ewentualnego wykonania zamówienia. W świetle przepisów art. 22 Pzp wykonawca powinien wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania

określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy wymagają ich posiadania; doświadczenia i wiedzy w zakresie objętym postępowaniem; potencjału technicznego oraz kadrowego wreszcie sytuacją ekonomiczną i finansową, pozwalającą na wykonanie zadania. Warunki zawarte w art. 22 Pzp są określone w judykaturze oraz doktrynie prawnej mianem pozytywnych, ponieważ z ich spełnieniem wiąże się możliwość udziału w postępowaniu. Jednocześnie z uwagi na ogólne określenie warunków w art. 22 Pzp, Zamawiający przygotowując postępowania konkretyzuje je w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ” (por., radca prawny Paweł Banasik, <http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/zamawiajacy-moze-okreslic-warunki-udzialuodrebnie-dla-kazdej-z-czesci-postepowania>, wyrok KIO 1240/15).

5.4. Zamawiający nie precyzując warunków udziału w przetargu może mieć kłopot z oceną, które zamówienie spełnia określony wymóg, a wykonawcy zainteresowani zamówieniem pozostają w stanie niepewności, czy posiadane przez nich doświadczenie zostanie uznane przez Zamawiającego za podobne do przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta może prowadzić do sytuacji, w której ogólny warunek będą spełniać wykonawcy, którzy nie mają praktycznego doświadczenia niezbędnego do należytego wykonania zamówienia. Poszukując dodatkowego uzasadnienia do przedstawionego stanowiska odwołać się można do opinii Urzędu Zamówień Publicznych (udzielonej co prawda w odniesieniu do treści art. 22 ust. 5 wprowadzonego ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2012, poz. 1271)- jednak nadal zachowującego swoją aktualność]. Jak wynika z opinii Urzędu Zamówień Publicznych, „wprowadzenie powyższego rozwiązania do ustawy Pzp wynikało przede wszystkim ze zgłaszanej potrzeby wzmocnienia mechanizmu weryfikacji wykonawców pod kątem zapewnienia właściwej realizacji zamówień publicznych. Zapewnienie należytego wykonania zamówienia publicznego, a tym samym ograniczenie ryzyka związanego z realizacją umów w sprawie zamówienia publicznego, leży nie tylko w interesie zamawiającego, ale przede wszystkim w interesie publicznym ze względu na fakt, iż poprzez realizację zamówienia publicznego zaspakajane są często potrzeby o charakterze powszechnym. Stąd też sprawna i niezakłócona realizacja zamówienia publicznego wpływa na zakres i poziom zaspakajania tych potrzeb” (Informator UZP 2/2013, https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0020/24284/Informator_nr_2_2013.pdf). Wskazano tam również, że „istota wprowadzenia przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp sprowadza się do wyraźnego podkreślenia celu, jakiemu służyć mają warunki udziału w postępowaniu, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania, a mianowicie zapewnieniu wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia” (Informator UZP 2/2013, https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0020/24284/Informator_nr_2_2013.pdf).

Podsumowując powyższe, można wskazać, że: „*a. Celem warunków i ich opisu jest weryfikacja wykonawcy pod kątem jego zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a więc oceny zdolności wykonania zamówienia na warunkach określonych przez*

zamawiającego w SWZ. (...) e. Kryteria weryfikacji i minimalne zdolności wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunków powinny być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wymóg zachowania proporcjonalności opisu w stosunku do przedmiotu zamówienia oznacza zakaz formułowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nieproporcjonalnych do oceny możliwości należytej realizacji zamówienia w okolicznościach danego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego złożoności, zakresu wymaganych wiadomości, pożądanych umiejętności specjalnych, czy też rozmiaru udzielanego zamówienia. Jednocześnie pamiętać należy, iż przepis art. 22 ust. 1a ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek takiego kształtowania warunków, aby nie dyskryminować podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia poprzez wprowadzanie warunków nadmiernych. Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy zatem rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru. Dlatego też, Zamawiający powinien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a ponadto nie może doprowadzić do faworyzowania jednych a tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Wobec powyższego, konieczne jest zapewnienia równowagi między interesem Zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można z góry eliminować z udziału w postępowaniu poprzez wprowadzanie nadmiernych i nieadekwatnych wymagań. W podobnym tonie wypowiada się Sąd Okręgowy w Świdnicy w wyroku z dnia 20 grudnia 2005 r., sygn. akt: Ca 584/05. Zamawiający jako gospodarz prowadzonego przez siebie postępowania, w celu zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest, aby wymagać od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Istotne jest, aby były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

5.5. Reasumując, postawienie zbyt małych wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym wymagań przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu sprzeciwia się narzuconemu przez przepisy ustawy Pzp obowiązkowi Zamawiającego rzetelnego badania zdolności wykonawców do realizacji danego

zamówienia. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza powyższe konstatacje, i tak warto wskazać na wyrok z dnia 2 lutego 2015 r. o sygnaturze akt: KIO 61/15, gdzie Izba wskazała, że „opisane przez Zamawiającego w treści SIWZ warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia służą wyłonieniu grona wykonawców, którzy poprzez wykazanie ich spełnienia mają potwierdzić, że ich kondycja, potencjał i zdolności gwarantują należyte wykonanie zamówienia. W przypadku, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie podoła obowiązkowi wykazania spełnienia tych warunków, Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest zobligowany do wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Tymczasem zbyt małe wymagania w zakresie udziału w postępowaniu – warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej lub technicznej - nie stanowią wystarczającego narzędzia do prawidłowej weryfikacji wykonawców w tym postępowaniu. Należy bowiem wskazać, iż o udzielenie zamówienia będą mogły ubiegać się również podmioty, które nie posiadają odpowiedniego a wręcz żadnego doświadczenia w realizacji usługi będącej przedmiotem postępowania, które nie miały w tym nigdy do czynienia ze specyfiką świadczenia tego typu usług. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia określony został w SWZ. W przywołanych dokumentach Zamawiający określił przedmiot zamówienia oraz jego istotne cechy, w tym m. in. szczegóły dotyczące wykonywania usługi, parametrów środków czystości, zakresu obowiązków personelu zatrudnionego do świadczenia usługi. Wobec powyższego należy podkreślić, że jedynie wykonawca, który należycie realizował usługi kompleksowego utrzymania czystości tego rodzaju, posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie dla realizacji usługi określonej w przedmiocie zamówienia dla tego postępowania. Według reguł znaczeniowych języka polskiego, doświadczenie to umiejętności oraz wiadomości zdobyte na podstawie obserwacji, przeżyć, wydarzeń. Doświadczenie wynika z określonych zdarzeń, które zaistniały w przeszłości, a nie ze zdarzeń przyszłych. Dodatkowo pewnego rodzaju usługi nie mogą zostać wykonane jednorazowo, w krótkim okresie czasu. Jeżeli zatem nie można wykonać czegoś na raz, to i nie można nabyć odpowiednio dużego doświadczenia w krótkim okresie czasu. Nie można posiadać doświadczenia o ile nie wykonało się jeszcze pewnego zakresu prac wynikającego z zawartych umów. Warto podkreślić, w ocenie Odwoływającego, jest przy tym, że nie sposób uznać, jakoby wykonanie jednej usługi oznaczało, że wykonawca posiada należyte wiedzę i doświadczenie do realizacji tego zamówienia. Należy w tym miejscu położyć nacisk na wyraz „doświadczenie”, czyli posiadanie pewnej wiedzy, którą można uzyskać tylko przez wielokrotne wykonywanie pewnego rodzaju czynności. Istotna jest tutaj pewna powtarzalność, czyli te minimum w liczbie miesięcy wykonywanej usługi o określonej wielkości, która daje rękojmię, iż wykonawca wykona zamówienie w sposób prawidłowy i rzetelny. W ocenie Odwoływającego, na co wskazuje również przegląd orzecznictwa KIO dopiero wielokrotne należyte wykonanie usługi danego rodzaju może świadczyć o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia.

5.6. W praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie warunków udziału w postępowaniu, czy opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwi niektórym wykonawcom złożenia

oferty, a innych postawią w uprzywilejowanej pozycji. Oznacza to, iż zamówienie nie musi być w równym stopniu „wygodne” dla wszystkich podmiotów, czy dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju lub przebiegu działalności. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać sam fakt, iż na rynku istnieją podmioty które w świetle przyjętego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia. Na poparcie przywołanego stanowiska tytułem przykładu przywołać można wyrok KIO z dnia 30 maja 2017 r., sygn. akt KIO 1028/17 „Wyrażając więc opinię w sprawie Izba miała na uwadze płynące z orzecznictwa wytyczne badania zachowania proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia należy dokonywać pod kątem ustalenia, czy nie był nadmierny dla oceny zdolności wykonawcy zdobytych dotychczas przy realizacji przedmiotowo podobnych zamówień na rzecz innych podmiotów. Na wstępie warty zauważenia jest stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 08.05.2014 r., sygn. XII Ga 211/14, iż „Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać warunek ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na całość przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TS, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nie nadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny”. Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności postawionego warunku, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom

występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia.”

5.7. Podsumowując dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców niedoświadczonych, nie znających specyfiki świadczenia usług kompleksowej usługi utrzymania spowoduje złożenie w postępowaniu ofert, które mogą być niedoszacowane, co będzie rodziło dalsze skutki dla Zamawiającego na etapie realizacji umowy. Jak wynika więc z powyższego, Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikowania, czy wykonawcy ubiegający się o zamówienie posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, winien wprowadzić tzw. pozytywne warunki udziału w postępowaniu. W tym konkretnym postępowaniu brak odpowiedniej wiedzy Wykonawcy stwarza realne zagrożenie dla zdrowia i życia pracowników Wykonawcy jak i Zamawiającego. Na tej zasadzie żądanie Odwołującego w zakresie postawienia przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu co do posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, jest w pełni zasadne.

6. KRYTERIUM - CERTYFIKAT

6.1. Zgodnie z rozdziałem rozdz. XV pkt 3 ppkt 3.1.3. SWZ jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu jest:

Kryterium 3 – certyfikat system zarządzania jakością

Wartość kryterium – 20%

Certyfikat (system zarządzania jakością)

- Wykonawca posiada: 20 pkt

- Wykonawca nie posiada: 0 pkt

6.2. Odwołujący podnosi, że opis ww. kryterium jest niejednoznaczny i niezrozumiały. Wymagany w ww. kryterium certyfikat został opisany ogólnikowo, lakonicznie i bez odniesienia do jakichkolwiek cech. Odwołujący na podstawie ww. opisu nie wie jaki konkretnie certyfikat powinien przedstawić w ww. kryterium i jakiego systemu zarządzania ma on dotyczyć. Kryterium nie określa jaki dokładnie aspekt jakości jest oceniany w ww. kryterium.

Ponadto na podstawie tak opisanego kryterium nie sposób stwierdzić, czy jest ono w ogóle związane z przedmiotem zamówienia. Tak szeroki opis kryterium powoduje, że za certyfikat spełniający wymogi ww. kryterium może być uznany każdy dowolny certyfikat, w tym również certyfikat dla usług lub dostaw całkowicie niezwiązanych z przedmiotem zamówienia np. certyfikat zarządzania jakością robót budowlanych.

6.3. W ocenie Odwołującego ww. kryterium (certyfikat *system zarządzania jakością*) nie zawiera wymiernych wskaźników, odnoszących się oczekiwań Zamawiającego zarówno co

do wymaganego certyfikatu jak i oczekiwanego systemu zarządzania jakością, który ma być wykorzystywany w realizacji zamówienia. Zamawiający poprzestał na ogólnikowym i uznaniowym wskazaniu, że oczekuje od wykonawcy posiadania bliżej nieokreślonego certyfikatu systemu zarządzania jakością. Zamawiający nie wskazał o jakiego konkretnie systemu zarządzania oczekuje. Nie została również wskazana norma pod względem, której wykonawca miał być scertyfikowany. W żadnym miejscu SWZ zamawiający nie ustalił precyzyjnych parametrów, które będzie brał pod uwagę w ocenie ww. certyfikatu. Nie zostało także określone jakie konkretne wymierne cechy, czynniki lub okoliczności będą decydowały o tym, że certyfikat zostanie oceniony na 20 punktów lub też nie.

6.4. Powyższe, zdaniem Odwołującego, czyni ocenę ofert subiektywną i arbitralną a ponadto skutkuje jednocześnie:

- a) uniemożliwieniem wykonawcom przygotowania oferty ze względu na niemożność stwierdzenia jaki konkretnie certyfikat i dla jakiego systemu jakości jest wymagany w ww. kryterium,
- b) dowolnością interpretacyjną przyjętego kryterium;
- c) niemożnością porównania ofert - w ramach ich oceny przez Zamawiającego;
- d) uniemożliwieniem wykonawcom dokonania weryfikacji oceny ofert.

6.5. Zamawiający określając kryteria oceny ofert, musi mieć na względzie fakt, że wykonawcy mają prawo do takiego opisu kryteriów oceny ofert i określania ich znaczenia, aby mogli sporządzić ofertę w sposób dający im możliwość uznania ich ofert za najkorzystniejszą. Taki jest też cel postępowania przetargowego - którym jest zagwarantowanie Zamawiającemu - przy zachowaniu warunków uczciwej konkurencji - właśnie uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami w świetle decydujących dla oceny ofert kryteriów. Kryteria nieobiektywne, pozwalające na daleko posunięty subiektywizm i uznaniowość - takiej oceny ofert nie gwarantują.

6.6. Odwołujący podnosi, że:

- a) kryteria muszą być jasne i nie mogą stwarzać dowolności interpretacyjnej. Każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy przeciętnie profesjonalny oferent, który dołoży należytej staranności mógł interpretować je w jednakowy sposób;
- b) opis kryteriów nie może jednak przyznawać zamawiającemu nieograniczonej swobody (arbitralnego) wyboru oferty;

6.7. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, ustalając kryteria oceny ofert, ma obowiązek dbać o to, aby każdy wykonawca, był równo traktowany. Kryteria ustalone przez Zamawiającego winny być zatem jednoznaczne i precyzyjne, nie naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów. Niezachowanie tego wymogu prowadzi do wady postępowania uniemożliwiającej zgodny z prawem wybór najkorzystniejszej oferty.

6.8. Odwołujący zaznacza również, że poprzez opisanie kryteriów jakościowych Zamawiający komunikuje wykonawcom swoje preferencje. Wskazuje jakie dodatkowe walory jakościowe,

chciałby otrzymać od Wykonawców, aby polepszyć standardy wykonywania usługi. W kryterium oceniane są elementy, które wpłyną korzystnie na realizowaną usługę a zatem muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

6.9. Kryterium certyfikat *system zarządzania jakością* został opisany w SWZ w sposób niejednoznaczny i pozostawia Wykonawcom dużą swobodę w przedstawieniu certyfikatu a Zamawiającemu nieograniczoną swobodę w ocenie tego certyfikatu. Kryterium to nie wpływa więc na poprawę jakości świadczonej usługi lecz przeciwnie obniża ją poprzez punktowanie Wykonawców, którzy posiadają certyfikaty niezwiązane z przedmiotem zamówienia.

6.10. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą „w sytuacji, gdy zamawiający decydują się na wprowadzenie w ramach kryterium oceny ofert, kryteriów innych niż cena, kryteria takie muszą być szczegółowo opisane wraz z podaniem, w jaki sposób nastąpi ocena treści oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwi każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych” (tak m.in. Sąd Okręgowy w W. w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04).

6.11. Ponadto:

- a) "Kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty" (wyrok Sądu Okręgowego w W. z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04); "Izba nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie Zamawiającego wynika z art. 91 ust. 2 ustawy P.z.p., który - nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty - zezwala na ich dowolne ustalenie, pod warunkiem, że dotyczyć będą przedmiotu zamówienia oraz z ograniczeniem dotyczącym kryteriów podmiotowych (art. 92 ust. 3 ustawy P.z.p.). Jednak w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda ustalania kryteriów oceny ofert doznaje dalszych ograniczeń. Zasada powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, w tym w zakresie oceny ofert. **Ocena ofert w zgodzie z zasadą uczciwej**

konkurencji i równego traktowania wykonawców może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny, a informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców. **Ponadto, szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka, jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli Zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w SIWZ szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji**" - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2010 r. (KIO/UZP 1327/10);

- b) "Wybór kryteriów oceny ofert należy do Zamawiającego. Należy jednak zauważyć, że choć zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, to jednak kryteria te nie mogą być dowolne i uznaniowe, ani też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Ocena ofert musi być dokonana w sposób obiektywny, tak aby zapewnić wybór oferty zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. **Wskazując kryteria oceny ofert inne niż cena, zamawiający powinien dokonać szczegółowego ich opisu, w razie potrzeb podzielić na dodatkowe podkryteria. Niewystarczające jest przy tym wskazanie w istocie jedynie na nazwę danego kryterium wraz z określeniem jego znaczenia (wagi)**". (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2011 r. sygn. KIO/KD 96/11).

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.