

Wrocław, dnia 11 grudnia 2024 r.

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

Odwołujący:

Optima Care Sp. z o.o.
ul. Marsa 56A, 04-242 Warszawa
KRS: 0000571661; NIP: 8971812331
numer telefonu:
+48 510 016 189
adres poczty elektronicznej:
p.dzikowski@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko):
Piotr Dzikowski

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
NIP 8891269126, Regon 910333036, KRS 0000005015,
ul. Szpitalna 3; 88-200 Radziejów
Tel. (0-54) 285 62 00 fax. (0-54) 285 37 01
www.szpitalradziejow.pl
poczta@szpitalradziejow.pl
Adres strony internetowej prowadzonego postępowania oraz strony:
Platforma Zakupowa: <https://www.platformazakupowa.pl/pn/szpitalradziejow>

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2024 poz. 1320 t.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Usługa kompleksowego utrzymania czystości w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Radziejowie* – oznaczenie sprawy ZP-03/2024 tj. na określeniu zasad, które uwalniają Zamawiającego od dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp.

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 234/2024 pod numerem 732796-2024 z dnia 02/12/2024 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Usługa kompleksowego utrzymania czystości w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Radziejowie* – oznaczenie sprawy ZP-03/2024.

- 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) 436 pkt 4 lit. b w zw. z art. 16 i 17 Ustawy oraz w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie we wzorze umowy wadliwych zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy tj. na określeniu zasad, które uwalniają Zamawiającego od dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp;

- III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) usunięcie ze wzoru umowy (§ 15 ust. 6) zastrzeżenia, że:

Warunkiem zmiany wynagrodzenia jest wystąpienie z wnioskiem, o którym mowa powyżej, do 30 dni od daty ogłoszenia zmian, o których mowa w ust. 1, pod rygorem utraty prawa dochodzenia roszczeń, a następnie przeprowadzenia negocjacji w celu udowodnienia wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę.

- 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.

- V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, 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 02/12/2024 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.: *Usługa kompleksowego utrzymania czystości w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Radziejowie.*

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

OKREŚLENIE ZASAD, KTÓRE UWALNIAJĄ ZAMAWIAJĄCEGO OD DOKONANIA ZMIANY WYNAGRODZENIA WYKONAWCY W PRZYPADKU WYSTĄPIENIA OKOLICZNOŚCI, O KTÓRYCH MOWA W ART. 436 PKT 4 LIT. B) PZP.

1. Zgodnie z zastrzeżeniem § 15 ust. 6 wzoru umowy:

Warunkiem zmiany wynagrodzenia (w okolicznościach, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) pzp) jest wystąpienie z wnioskiem, o którym mowa powyżej, do 30 dni od daty ogłoszenia zmian, o których mowa w ust. 1, pod rygorem utraty prawa dochodzenia roszczeń, a następnie przeprowadzenia negocjacji w celu udowodnienia wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z Ustawą stosowanie przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nie jest uzależnione od ww. warunku.

2. Przepis art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nakazuje obowiązek waloryzacji wynagrodzenia, a nie uprawnienie dla stron, które ma charakter uznaniowy. W rezultacie Zamawiający nie może określać zasad waloryzacji w sposób fakultatywny lub uzależniony od wystąpienia okoliczności lub warunków niewskazanych w Ustawie.

Odwołujący zwraca uwagę na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dnia 16 marca 2015 r.; KIO 413/15, cyt. „Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestie waloryzacji wynagrodzenia na tyle, żeby toku realizacji umowy strony nie toczyły sporów w tym zakresie, bądź dopiero wówczas rzeczywiście ustalały stosowne zasady.” dalej „umowę w sprawie zamówienia publicznego zawierana po dniu 19 października 2014 r. powinien cechować pewien automatyzm rozumiany ten sposób, że o ile zaistnieje jedna okoliczności art. 142 ust. pkt 1-3 Pzp, to uruchomiona zostanie przewidziana kontrakcie procedura waloryzacji wynagrodzenia, która przebiegać będzie według określonych w niej zasad”. Tym samym poprzestanie na określeniu w treści SIWZ, że Zamawiający przewiduje „możliwość”, czy też „dopuszcza” wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy przypadkach opisanych art. art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nie jest wystarczające dla wypełnienia obowiązku wynikającego treści ww. przepisu. Wprowadzenie powyższego przepisu do Ustawy miało na celu przeciwdziałanie negatywnym następstw wzrostu po stronie wykonawców kosztów realizacji zamówień udzielonych na okres dłuższy niż 12 miesięcy,

wynikających ze zmian przepisów prawa (tak również KIO Wyroku dnia 16 marca 2015 r., KIO 413/15).

3. Odwołujący podnosi również, że art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie „zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy”. Tym samym Zamawiający jest zobligowany określić w umowie reguły według, których dokonywana będzie zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający nie zawarł w SWZ regulacji dot. rzeczonych reguł (zasad) wprowadzania zmian w zakresie odpowiadającym treści ww. przepisu Ustawy, gdyż uzależnił stosowanie ww. przepisu od spełnienia warunku, którym jest złożenie przez wykonawcę wniosku o określonej treści w określonym terminie.
4. Odwołujący zwraca również uwagę, że zastosowanie klauzuli z art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, zgodnie z treścią wzoru umowy jest uzależnione od wyniku negocjacji, które zostaną przeprowadzone pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Odwołujący zaznacza, że klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nie ma charakteru negocjacyjnego. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu klauzula ta musi zwierać jednoznacznie określone zasady, zgodnie z którymi przeprowadzona zostanie zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Ustawa wymaga, aby ww. zasady zostały ujawnione w treści SWZ. Uwagi wymaga również, że zastosowanie odmiennej interpretacji przepisu art. 436 Ustawy jest sprzeczne nie tylko z jego literalną wykładnią, ale także z art. 454 i 455 Ustawy. Przepisy zakazują bowiem dokonywania dowolnej zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany o charakterze istotnym.

Odwołujący zwraca uwagę, że zgodnie z Dyrektywą Klasyczną *Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej (...).* (Preambuła dyrektywy 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna), pkt 111). Ze względu na powyższe niezgodne z prawem jest formułowanie klauzul waloryzacyjnych niedookreślonych, negocjacyjnych lub umożliwiających stronom dowolną konwersję postanowień umowy.

5. Przesłanki i podstawy waloryzacyjne są katalogiem zamkniętym. Katalog ten nie może być ograniczony z woli Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany stosować wprost podstawy i przesłanki waloryzacyjne opisane w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Wobec powyższego, Odwołujący podnosi, że umowne wyłączenie lub ograniczenie ustawowych przesłanek waloryzacyjnych jest sprzeczne z art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. W ocenie Odwołującego zmiana wynagrodzenia powinna następować zawsze w przypadku zmiany przepisów wskazanych w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy a nie wyłącznie w przypadku, gdy oprócz ww. zmiany prawa dodatkowo zostaną spełnione warunki narzucone przez Zamawiającego.
6. Ustawa Prawo zamówień publicznych, nie zawiera przepisów umożliwiających zwolnienie Zamawiającego od stosowania art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Ograniczanie stosowania przywołanego przepisu w drodze oświadczenia stron nie jest dozwolone z uwagi na okoliczność, że przepis ten jest przepisem *ius cogens*.
7. Odwołujący wskazuje ponadto, że ww. zastrzeżenie zawarte we wzorze umowy narusza przepis art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, gdyż przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*iuris cogentis*), co oznacza, iż Zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby dokonywać jakichkolwiek

skutecznych prawnie ograniczeń jego zastosowania. W niniejszej sytuacji Zamawiający nie może zatem uzależniać waloryzacji od złożenia wniosku waloryzacyjnego o określonej treści oraz od przeprowadzenia negocjacji.

8. Odwołujący podkreśla, iż ww. działania Zamawiającego stają w sprzeczności z celem waloryzacji wynagrodzenia umownego, o którym mowa w treści przepisu art. 436 ustawy prawo zamówień publicznych. Na gruncie obowiązujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych Wykonawca ma bowiem uprawnienie do waloryzacji wynagrodzenia umownego już od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zmiany w zakresie przypadków opisanych w art. 436 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że kalkulacja ceny jego oferty wykonana została z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Zamawiający nie może zaś przerzucać takiego ryzyka jednostronnie na Wykonawcę.

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.