

Wrocław, dnia 10.11.2022 r.

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

**Odwołujący:**

Impel S.A.  
ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław  
REGON: 006318849  
NIP: 8990106769  
Numer telefonu: 727 003 567  
Adres poczty elektronicznej: [k.stefanska@impel.pl](mailto:k.stefanska@impel.pl)  
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Kamila Stefańska

**Zamawiający:**

Pomorska Specjalna Strefa Ekonomiczna sp. z o.o.  
ul. Trzy Lipy 3 bud. B, 4 piętro  
80-172, Gdańsk  
REGON: 190315182  
NIP: 5880019192  
Numer telefonu: +48 587404347  
Adres poczty elektronicznej: [d.boratynski@strefa.gda.pl](mailto:d.boratynski@strefa.gda.pl)  
Adres strony www <http://www.strefa.gda.pl/>

## ODWOŁANIE

Działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej *Ustawa* lub *pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w obiektach oraz na terenie zewnętrznym PSSE Sp. z o. o.”  
(znak postępowania: DOP.260.41.1.2022.DB)

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

Nr ogłoszenia **2022/S 210-602857** z 31 października 2022r.

„Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w obiektach oraz na terenie zewnętrznym PSSE Sp. z o. o.”

z podziałem na dwie części:

- część 1 zamówienia: usługa kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w obiektach oraz na terenie zewnętrznym Gdańskiego Parku Naukowo-Technologicznego w Gdańsku,
- część 2 zamówienia: usługa kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w obiektach oraz na terenie zewnętrznym Bałtyckiego Portu Nowych Technologii w Gdyni.

Nr referencyjny: DOP.260.41.1.2022.DB

**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. 16 Ustawy** poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
- 2) **art. 436 pkt 4b Ustawy** poprzez zaniechanie przez Zamawiającego ustalenia w treści SWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, o których mowa w przepisie,
- 3) **art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy** poprzez brak ustalenia postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia należnego wykonawcy.
- 4) **art. 436 pkt 4, art. 431, art. 99 art. 16 i 17 Ustawy** w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez brak ustalenia w projekcie umowy postanowień o łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony.

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

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

### **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 ofert, zgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Realizacja zamówienia przy istnieniu kwestionowanych postanowień SWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu, również dlatego, że wykonanie umowy na warunkach ustalonych w projekcie umowy, naraża Odwołującego na szkodę w postaci konieczności poniesienia nakładów na organizację usługi przy braku gwarancji jej wykonania co prowadzi do pozbawienia 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 przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

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

Zamawiający w dniu 31 października 2022 roku opublikował oraz przekazał SWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług kompleksowego sprzątnięcia i utrzymania czystości w obiektach oraz na terenie zewnętrznym PSSE Sp. z o. o.” z podziałem na dwie części.

W dniu 31 października 2022 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ, dotyczące przedmiotowego zamówienia.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

### **Ad. Zarzut 1,2)**

Zgodnie z art. 436 Ustawy w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa musi zawierać zasady wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
  - 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
  - 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
  - 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572),
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie zawarł w treści projektu umowy zapisów, dotyczących wymogów wynikających z ustawy. Takie działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem przepisu art. 436 ustawy Pzp. Uzasadnieniem przywołanego przepisu 436 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”*.  
Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi o zmianę postanowień umowy.

### **ŻADANIE:**

Uzupełnienie zapisów dotyczących waloryzacji umożliwiających wykonawcom zmianę wynagrodzenia w przypadku zmiany podatku VAT, zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenia zdrowotne oraz uzupełnienie zapisów SWZ dotyczących waloryzacji, umożliwiających wykonawcom zmianę wynagrodzenia w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych poprzez dopisanie do projektu umowy dla części 1 i 2 następujących postanowień:

*„1. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 436 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany:*

*a. stawki podatku od towarów i usług,*

*b. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*

*c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.*

*d. zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018r. o pracowniczych planach kapitałowych.*

*2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust 1.*

*3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a), wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.*

*4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b), wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.*

*5. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. c) i d) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.*

*6. Za wyjątkiem sytuacji, o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów, wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b), c) i d).*

*7. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności”.*

### **Ad. Zarzut 1,3)**

Odwołujący wskazuje, iż termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne został ustalony przez zamawiającego, zgodnie SWZ, na okres 36 miesięcy od daty podpisania umowy tj. na okres przekraczający 12 miesięcy.

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp, w przypadku umów, zawieranych na okres dłuższy, niż 12 miesięcy, muszą one zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Umowa musi określać:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
  - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
  - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający w projektach umów dla części 1 i 2 nie przewidział możliwości waloryzacji wynagrodzenia cen i materiałów oraz nie ustalił zasad waloryzacji w przypadku zmiany cen materiałów

lub kosztów koniecznych do realizacji zamówienia, wynikających z przepisów Ustawy, co stanowi naruszenie przepisów Ustawy.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień umowy, w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost ceny materiałów lub kosztów w stosunku do cen, obowiązujących na dzień złożenia oferty.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o wprowadzenie do projektu umowy dla każdej części postanowień zgodnych z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. klauzuli, na podstawie, której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tj:

*Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:*

- a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.
- b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, przy czym zmiana jest dopuszczalna:
  - w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert;
  - w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;
- c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;
- d) suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 20 % wynagrodzenia, o którym mowa w ust. § 9 ust. 1.
- e) zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności

### **Ad. Zarzut 1,4)**

Zamawiający w § 14 projektu umowy dla części 1 i 2 wymienił przesłanki skutkujące naliczeniem kar umownych.

Zgodnie z art. 436 pkt 3 pzp, umowa winna zawierać łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Odwołujący podnosi, iż w zakresie ww. wymóg ustawy nie został przez Zamawiającego spełniony i umowa w swej treści nie zawiera stosownych zapisów.

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.

Podkreślenia wymaga fakt, iż nałożenie kar umownych winno uwzględniać następujące etapy:

- zgłoszenie Wykonawcy zastrzeżeń przez Zamawiającego winno następować w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy,
- brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być potwierdzany niezwłocznie po stwierdzeniu uchybień przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy - w formie protokołu reklamacyjnego, w którym zostanie określony precyzyjnie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne,
- dopiero po spełnieniu powyższego, winno aktualizować się uprawnienie Zamawiającego do nałożenia kary umownej.

Postanowienie § 14 projektu umowy dla ww. części umożliwia Zamawiającemu naliczenie rażąco wysokiej kary umownej za każde nienależyte wykonanie usług zakwestionowanych przez Zamawiającego.

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 brak określenia sumy kar umownych nie znajduje uzasadnienia, gdyż ich wysokość jest wygórowana i nieproporcjonalna względem określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.

Nieustanowienie maksymalnego limitu kar umownych Prezes UZP uznaje za jeden z przejawów kreowania kar umownych na rażąco wygórowanym poziomie. Wskazany organ podnosi, że „*brak górnej granicy kar umownych, (...) może powodować – szczególnie w połączeniu z zastosowaniem odpowiedzialności oderwanej od winy wykonawcy – bardzo dotkliwe skutki dla wykonawców, np. w przypadku przedłużającej się niemożności dostawy wskutek awarii linii produkcyjnej*”.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi jednak mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 5 k.c.; zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

#### **ŻADANIE:**

Ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych poprzez dodanie w załączniku do SWZ „Projekt umowy” dla każdej części w § 14 postanowienia o treści: *„łączna wysokość należności, jakie Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu z tytułu kar umownych, o których mowa w ust. § 14 Projektu umowy, nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto, wskazanego w § 9 ust. 1 Projektu Umowy. Naliczenie kar umownych nastąpi po uprzednim pisemnym zgłoszeniu Wykonawcy zastrzeżeń w ramach postępowania reklamacyjnego - niezwłocznie po stwierdzeniu przez Zamawiającego przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, winien być stwierdzony w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. Niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, określony zostanie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne. Po spełnieniu powyższego, Zamawiającego uprawniony będzie do nałożenia kary umownej”*.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.