

Wrocław, dnia 19 maja 2025 r.

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

Odwołujący:

Impel S.A.

ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław

KRS: 0000004185, NIP: 8990106769

numer telefonu: 510011594

adres poczty elektronicznej: j.lecka@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Jadwiga Łęcka

Zamawiający:

Szpital św. Anny w Miechowie

ul. Szpitalna 3, 32-200 Miechów

tel. +48 41 38 20 333

NIP: 6591328869

adres e-mail: sekretariat@szpital.miechow.pl

Adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie i na której będą dostępne

wszelkie dokumenty związane z prowadzoną procedurą:

https://platformazakupowa.pl/szpital_miechow

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. 2024 poz. 1320 t.j.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Świadczenie usługi żywienia pacjentów Szpitala św. Anny w Miechowie*. (znak postępowania: 11/PN/2025).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz.U. S: 89/2025 pod numerem 297496-2025 w dniu 08/05/2025.
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Świadczenie usługi żywienia pacjentów Szpitala św. Anny w Miechowie*.

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. 436 pkt 4 lit. b) w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie ustalenia w treści SWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy;
- 2) art. 439 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.94 z zm.) – *dalej kc* poprzez:
 - a) wadliwe określenie we wzorze umowy zasad dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

i
 - b) nadużycie dominującej pozycji Zamawiającego przy projektowaniu treści projektu umowy polegającej na uwzględnieniu jedynie swoich interesów przy sformułowaniu umownych zasad zmian wysokości wynagrodzenia, wymaganych w myśl art. 439 Ustawy podczas, gdy Zamawiający powinien uwzględnić uzasadniony interes wykonawcy i zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami i jednocześnie unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać;
- 3) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez brak ustalenia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) podczas, gdy warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalane na odpowiednim poziomie, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz związane z przedmiotem zamówienia i sformułowane zgodnie z zasadami proporcjonalności, przejrzystości oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, tj. w sposób, który gwarantuje wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, na odpowiednim poziomie jakościowym oraz z zapewnieniem najlepszej jakości usług w ramach środków przeznaczonych na realizację zamówienia i najlepszych efektów w stosunku do poniesionych nakładów;

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) wprowadzenie do wzoru umowy jednoznacznych zapisów, dotyczących waloryzacji wynagrodzenia umownego w okolicznościach, o których mowa w art. 436 pkt. 4b Ustawy, poprzez **jednoznacznie zobowiązanie się Zamawiającego do zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w 436 pkt 4 lit. b) Ustawy oraz dookreślenie, że wartość zmiany wynagrodzenia będzie odpowiadała wzrostowi kosztów realizacji umowy, związanych ze zmianą przepisów, o których mowa w art. 436 pkt. 4b oraz że zmiana wynagrodzenia będzie następowała od dnia wejścia w życie przepisów prawa, o których mowa w art. 436 pkt. 4b oraz dodanie do treści umowy np. postanowień, że:**

Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian prawa o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W wypadku zmiany, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret pierwsze ww. ustawy wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

W przypadku zmiany, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret drugie ww. ustawy wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmienionego minimalnego wynagrodzenia albo do wysokości zmienionej minimalnej stawki godzinowej, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych, wynikających z tych zmian

W przypadku zmiany, o którym mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret trzecie ww. ustawy 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.

W przypadku zmiany, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret czwarte ww. ustawy wynagrodzenie Wykonawcy zostanie podwyższone o wartość, o jaką wzrosną całkowite koszty wykonania umowy ponoszone przez Wykonawcę, wynikające ze wzrostu kosztów realizacji zamówienia publicznego wynikającego z wpłat do PPK dokonywanych przez podmioty zatrudniające osoby uczestniczące w wykonaniu zamówienia publicznego.

Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret pierwsze ww. ustawy wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b tiret drugie - czwarte ww. ustawy.

2) wprowadzenie do wzoru umowy:

- a) jednoznacznych zapisów, odnoszących się do zmiany wynagrodzenia umownego wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 439 Ustawy – w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, jakim są usługi żywienia pacjentów, gdyż Zamawiający skonstruował klauzulę, odnoszącą się do usług prania, nie zaś do usług żywienia cyt. „Zmiana nie może skutkować wzrostem ceny za 1 kg. prania o więcej niż 15 %” (zapis pkt. 2 lit. c) odpowiedzi z dnia 13.05.2025 na pytanie nr 2).
- b) klauzuli waloryzacyjnej zgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych tj. klauzuli np. o treści:
 1. Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji po zakończeniu każdych 6 miesięcy świadczenia usługi z zastrzeżeniem, że w przypadku gdy Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego zawarto Umowę.
 2. Każda ze stron Umowy może zwrócić się do drugiej strony z wnioskiem o waloryzację w terminie do 30 dni od dnia upływu każdych kolejnych 6 miesięcy

realizacji Umowy. Strona rozpatruje wniosek w terminie 30 dni od dnia jego wpływu.

3. Pierwsza waloryzacja może nastąpić po 6 miesiącach realizacji Umowy.
4. Wynagrodzenie będzie podlegać waloryzacji (wzrost lub obniżenie). w oparciu o ostatnio opublikowany w chwili składania wniosku o waloryzację półroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych opublikowany w formie komunikatu przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” na stronie internetowej Urzędu (okres poprzedni = 100).
5. Strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia, jeżeli wskaźnik wzrostu lub obniżenia cen towarów i usług, o którym mowa w ust. 4, osiągnie minimum 2% w stosunku do okresu poprzedniego.
6. W przypadku likwidacji określonego w ust. 4 wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa w niniejszym paragrafie stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy wskaźnik lub podmiot.
7. W wyniku dokonania waloryzacji, całkowite wynagrodzenie może ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu maksymalnie o 20% całkowitego wynagrodzenia brutto.
8. Zmiana cen materiałów lub zmiana kosztów musi być związana z realizacją Umowy. Udowodnienie powyższych okoliczności spoczywa na Wykonawcy. W tym celu Zamawiający może żądać od Wykonawcy przedstawienia dokumentów potwierdzających te okoliczności.
9. Zmiana wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w niniejszym paragrafie, wymaga zawarcia aneksu w formie pisemnej lub elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi pod rygorem nieważności.
10. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu, zobowiązany jest do niezwłocznej zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania Podwykonawcy.

- c) zmianę SWZ polegającą na ustaleniu wymogów dotyczących doświadczenia wykonawcy tj. np. sformułowanie warunku wiedzy i doświadczenia o treści:

„warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

Zamawiający uzna, że warunek został spełniony, jeśli Wykonawca:

W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykaże (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej jedno zamówienie polegające na przygotowywaniu, gotowaniu i wydawaniu całodziennych posiłków żywienia zbiorowego o wartości ROCZNEJ nie mniejszej niż 500.000,00 złotych brutto.

Wykonawca, w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku, przedstawi wykaz wykonanych/ wykonywanych usług, Do wykazu należy dołączyć dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej

przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wymóg rocznej realizacji umowy dotyczy również Wykonawców, którzy na dzień składania ofert wykonują jeszcze usługę żywienia”.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy i przepisów Kodeksu cywilnego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego uzyskania realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu ewentualnej realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.05.2025 roku. Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych pięćset 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.: *Świadczenie usługi żywienia pacjentów Szpitala św. Anny w Miechowie*.

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, oraz przepisami ustawy Kodeks cywilny.

Uzasadnienie zarzutów podniesionych powyżej w odwołaniu.

WALORYZACJA WYNAGRODZENIA WYKONAWCY NA PODSTAWIE ART. 436 PKT 4 LIT. B USTAWY

Termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres przekraczający 12 miesięcy.

Zamawiający w dokumentach zamówienia przewidział, że:

Zamawiający na podstawie art. 436 ust. 2 ustawy i 439 Pzp przewiduje możliwość dokonania zmiany w zawartej umowie w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w następujących sytuacjach:

- 1) zmiany cen na korzyść Zamawiającego – są dopuszczalne w każdym przypadku gdy będzie to możliwe, zmiana nastąpi w formie aneksu do umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności.*
- 2) Strony dopuszczają również w trakcie obowiązywania umowy zmiany cen usługi będącej przedmiotem umowy na zasadach określonych w art. 436 ust. 4 ustawy Pzp w następujących przypadkach :*
 - a) zmiany stawki podatku VAT, przy czym zmiana ulega cena brutto, natomiast cena netto pozostaje bez zmian,*
 - b) zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jeżeli poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów przekroczy 10 proc. Zmiana ta będzie dokonywana o wysokość wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Pierwsza zmiana możliwa jest po upływie 6 miesięcy. Zmiana umowy w powyższym zakresie możliwa jest raz w trakcie trwania umowy po upływie 6 miesięcy. Zmiana jest możliwa jeśli zmiana ceny materiałów lub kosztów rzutuje bez pośrednio na koszt wykonania zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest wraz z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia przedłożyć szczegółowe wyliczenie, skutków zmiany ceny materiałów lub kosztów wynagrodzenia poprzez zestawienie kosztów związanych z realizacją zamówienia tj. kosztów stanowiących koszt usług oraz wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym została sporządzona oferta Wykonawcy. Zmiana wynagrodzenia może polegać zarówno na jego wzroście jak i obniżeniu. Zmiana nie może skutkować wzrostem ceny za 1 kg. prania o więcej niż 15 %.*
 - c) 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,*
 - d) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,*

- e) *zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079)*
- f) *jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.*

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że Zamawiający w dokumentacji postępowania, nie przewidział regulacji realizujących dyspozycje przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Odwołujący wskazuje, że SWZ przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne jest niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy przywołanej Ustawy w treści, którą stosuje się do przedmiotowego postępowania nakazują, aby „umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług;
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3- 5 ustawy z dnia 10 października 2001 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;
- 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2024 r. poz. 427)

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonywania zamówienia przez wykonawcę.” (art. 142 ust. 5).

Postanowienia przedmiotowej SWZ nie zawierają postanowień realizujących dyspozycję ww. przepisu Ustawy. Treść SWZ nie zawiera postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Ponadto ewentualna zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawca jest nieobowiązkowa – uzależniona od zgodnej woli zamawiającego.

Przepis art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy wprowadza obowiązek waloryzacji wynagrodzenia, a nie uprawnienie dla stron, które miałyby charakter uznaniowy. W rezultacie Zamawiający nie może określać zasad waloryzacji w sposób fakultatywny przez stosowanie zwrotów typu „wynagrodzenie może być waloryzowane”, „waloryzacja może nastąpić”, „zmiana jest dopuszczalna”, „przewiduje się możliwość” lub równoważnych.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, że przepis art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie „zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy”. Tym samym Zamawiający jest zobligowany określić w umowie szereg warunków i reguł, według których dokonywana będzie zmiana waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający w ww. opisie dopuszczalnych zmian do umowy nie zawarł regulacji dot. rzeczonych zasad wprowadzania odpowiednich zmian w zakresie odpowiadającym treści przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Zasady przeprowadzenia waloryzacji oraz oceny wniosku waloryzacyjnego w tym wymaganych przez Zamawiającego wymaganych dowodów i dokumentów potwierdzających

zmiane kosztów wykonania zamówienia nie zostały przez Zamawiającego opisane w SWZ co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonane zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Dowolna ocena dowodów i dokumentów przez Zamawiającego nie gwarantuje takiej pewności, gdyż dopiero po ocenie Zamawiającego, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podkreśla, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2014 r. (sygn. akt: II CSK 773/13) „z samej konstrukcji klauzuli waloryzacyjnej, która ma działać automatycznie, a więc bez konieczności składania w tym zakresie dodatkowych oświadczeń woli stron, wynika że musi ona być na tyle skonkretyzowana, aby na jej podstawie można było ustalić okoliczności uzasadniające jej zastosowanie oraz mechanizm waloryzacji.” Klauzula waloryzacyjna ustalona w ww. postępowaniu o zamówienie publiczne skonstruowana została niezgodnie z przywołaną przez Sąd Najwyższy zasadą automatyzmu. Postanowienia aktualizacyjne (klauzula waloryzacyjna) przedmiotowej umowy uzależniają zmianę wynagrodzenia wykonawcy od swobodnej oceny wniosku wykonawcy i zgody Zamawiającego tj. od złożenia dodatkowych oświadczeń woli. Rozwiązanie takie czyni tym samym ww. klauzulę nieskonkretyzowaną a w konsekwencji nie gwarantuje przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia o udzielenie zamówienia publicznego oraz realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Innymi słowy, wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu nie znają wszystkich reguł, które stosowane będą w czasie realizacji zamówienia, w tym w szczególności pozbawieni zostali możliwości prawidłowego ustalenia kosztów związanych z należyтым i bezpiecznym spełnieniem zobowiązania umownego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi również, że ww. klauzula waloryzacyjna jest wadliwa, gdyż nie określa terminu, od którego będzie obowiązywało nowe wynagrodzenie. Obowiązek taki jest realizacją ww. celów przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, którymi jest m.in. umożliwienie prawidłowej wyceny usługi oraz ochrona Zamawiającego polegająca na gwarancji uzyskania usługi o stałej i niezmienniej jakości. Brak wskazania terminu, od którego waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy będzie odnosiła skutek skutkuje wadliwością ww. postanowienia aktualizacyjnego i umożliwia uchylenie się od stosowania art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy.

Odwołujący wskazuje ponadto, że powyższe zaniechanie narusza ponadto przepis art. 99 Ustawy, gdyż opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób, który nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Okolicznością, która ma wpływ na sporządzenie oferty (obliczenie ceny) a która to okoliczność nie została uwzględniona w SWZ jest termin, o d którego będzie waloryzowane wynagrodzenie wykonawcy. Brak wskazanie tego terminu powoduje, że wykonawca kalkulujący cenę ofertową nie wie jak powinien oszacować koszty związane z realizacją zamówienia. Wykonawca nie wie w jakim okresie będzie zmuszony ponosić dodatkowe koszty realizacji zamówienia spowodowane zmianą prawa, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, że zawarte w treści SWZ postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza, że celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy Prawo zamówień publicznych (aktualnie 436 pkt 4 lit. b) Ustawy) 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 przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (aktualnie 436 pkt 4 lit. b) Ustawy), wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15)). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem: „(...) 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 wynagrodzenia 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. (...)”.

W związku z powyższym, mając na względzie, że termin umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne ustalony został na okres przekraczający 12 miesięcy, a postanowienia dokumentów zamówienia nie zawierają regulacji o warunkach zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w zakresie opisanym i wymaganym przepisem art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wnosi o zmianę dokumentacji postępowania jak we wniosku.

WADLIWE OKREŚLENIE ZASAD WPROWADZANIA ZMIAN WYSOKOŚCI WYNAGRODZENIA WYKONAWCY W PRZYPADKU ZMIAN CEN MATERIAŁÓW LUB KOSZTÓW ZWIĄZANYCH Z REALIZACJĄ ZAMÓWIENIA.

Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 13.05.2025 na pytania nr 2, cyt.:

„2) Strony dopuszczają również w trakcie obowiązywania umowy zmiany cen usługi będącej przedmiotem umowy na zasadach określonych w art. 436 ust. 4 ustawy Pzp w następujących przypadkach :

a) zmiany stawki podatku VAT, przy czym zmianie ulega cena brutto, natomiast cena netto pozostaje bez zmian,

b) zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jeżeli poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów przekroczy 10 proc. Zmiana ta będzie dokonywana o wysokość wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Pierwsza zmiana

*możliwa jest po upływie 6 miesięcy. Zmiana umowy w powyższym zakresie możliwa jest raz w trakcie trwania umowy po upływie 6 miesięcy. Zmiana jest możliwa jeśli zmiana ceny materiałów lub kosztów rzutuje bezpośrednio na koszt wykonania zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest wraz z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia przedłożyć szczegółowe wyliczenie, skutków zmiany ceny materiałów lub kosztów wynagrodzenia poprzez zestawienie kosztów związanych z realizacją zamówienia tj. kosztów stanowiących koszt usług oraz wskaźnika zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego w stosunku do miesiąca, w którym została sporządzona oferta Wykonawcy. Zmiana wynagrodzenia może polegać zarówno na jego wzroście jak i obniżeniu. **Zmiana nie może skutkować wzrostem ceny za 1 kg. prania o więcej niż 15 %**".*

Odwołujący podnosi, że ww. klauzula jest niezgodna z Ustawą oraz Kodeksem cywilnym, gdyż rzeczywistym jej celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Klauzula odnosi się bowiem do usług prania, zatem nie jest związana z przedmiotem zamówienia, jakim są usługi żywienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechał prawidłowego opisanie w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy.

Zamawiający wprowadził próg procentowy wzrostu poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do złożenia wniosku o waloryzację na poziomie minimum 10%. Tak przyjęta wartość procentowa jest na nadmiernym, nierealnym do osiągnięcia poziomie. Zamawiający w sposób nieadekwatny do aktualnej sytuacji gospodarczej określił warunek (wymóg), od którego spełnienia uzależniona została możliwość złożenia przez Wykonawcę wniosku o waloryzację wynagrodzenia. Tak określony poziom zmiany cen materiałów lub kosztów zdaniem Odwołującego jest zbyt wysoki. Przyjęty przez Zamawiającego poziom w wysokości minimum 10% jest zbyt wysoki, gdyż znajduje zastosowanie wyłącznie do nadzwyczajnych zjawisk o charakterze siły wyższej. Wymagana przez Zamawiającego wysokość ww. wskaźnika uniemożliwia Wykonawcy skuteczne ubieganie się o waloryzację wynagrodzenia. Zamawiający, ustalając zasady, od których zależy możliwość waloryzacji, powinien brać pod uwagę sytuację gospodarczą. W przeciwnym razie postanowienia waloryzacyjne będą tylko pozorne i w żadnym stopniu nie będą spełniać swojej roli. Odwołujący wnosi o obniżenie tego poziomu procentowego.

Odwołujący podnosi, że tak określony poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów przez Zamawiającego dowodzi, że rzeczywistą wolą Zamawiającego jest uniknięcie zastosowania art. 439 Ustawy. Zachowanie takie jest niezgodne z art. 58 k.c. i jako takie skutkuje bezwzględną nieważnością czynności prawnych a w konsekwencji ustaniem w postępowaniu klauzuli waloryzacyjnej nie spełniającej wymogów przepisu art. 439 Ustawy.

Odwołujący podnosi, że dokumentacja postępowania – w tym w szczególności ww. odpowiedź na pytanie – została sporządzona niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, gdyż ostatnie skutkuje wyłączeniem waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy przez dominujący okres trwania umowy. Zgodnie z ww. postanowieniem waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy dopuszczalna jest tylko jeden raz przez cały 36 -ci miesięczny okres trwania umowy.

Postanowienie takie stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do formułowania treści umowy, gdyż powoduje, że art. 439 Ustawy nie znajduje realnego i faktycznego zastosowania w umowie. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy ze względu na ww. ograniczenie czasowe będzie miała co najwyżej wymiar symboliczny. Celem ww. ograniczenia jest więc zapewnienie rzeczywistej niezmienności cen realizacji usługi, który to cel wprost sprzeciwia się ustanowionemu w art. 439 Ustawy obowiązki aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy. Formułowanie postanowień umownych skutkujących bezskutecznością przepisów Ustawy stanowi czynność prawną sprzeczną z Ustawą i mającą na celu obejście Ustawy. Czynność taka jest czynnością, o której mowa w art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny. Ponadto ww. zachowanie jest niezgodne z art. 353(1) ustawy Kodeks cywilny, gdyż cel ww. klauzula sprzeciwia się zarówno Ustawie jak i zasadom współżycia społecznego. Zamawiający, na skutek wprowadzonych przez siebie ograniczeń co do okresów waloryzacji utrzyma niezmiennosc cen (wynagrodzenia) wykonawcy przez dominujący i większościowy okres trwania umowy. Tym samym Zamawiający uchylił się od aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy

Przywołane powyżej postanowienie SWZ (*Pierwsza zmiana możliwa jest po upływie 6 miesięcy. Zmiana umowy w powyższym zakresie możliwa jest raz w trakcie trwania umowy po upływie 6 miesięcy*) wyłącza zmianę umowy przez okres istotnie na pewno przekraczający 12 miesięcy realizacji zamówienia oraz zasadniczy i większościowy okres realizacji zamówienia. Wobec powyższego, ww. klauzula waloryzacyjna jest spreczna z dobrymi obyczajami, stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania treści umowy oraz zmierza do obejścia przepisów prawa. Opisany powyżej sposób formułowania postanowień umownych stanowi obejście prawa, ponieważ *de facto* nie gwarantuje waloryzacji wynagrodzenia na zasadach określonych w art. 439 Ustawy, ale skutkuje całkowitym uwolnieniem Zamawiającego od skutków negatywnych zjawisk gospodarczych (podwyżek cen) przez blisko $\frac{3}{4}$ okresu trwania umowy.

Odwołujący podnosi również, że ww. klauzula jest niezgodna z Ustawą, gdyż wskaźnik, w oparciu o który ma być dokonywana waloryzacja nie został ustalony w sposób jednoznaczny i konkretny. Treść przywołanego powyżej postanowienia SWZ nie zawiera czytelnej i pewnej informacji o tym, który ze stosowanych i publikowanych przez GUS wskaźników zmiany ceny materiałów lub kosztów ma być brany przez Strony jako miernik służący ustaleniu zaktualizowanej wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Nie jest również jasna rola ww. wskaźnika w weryfikacji wzrostu kosztów wykonania zamówienia. Powyższe niedookreślenia powodują, że wykonawca został pozbawiony możliwości ustalenia ryzyk, które nie powinny być brane przez niego pod uwagę przy ustaleniu ceny ofertowej.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że powyższa klauzula w sposób niedozwolony przerzuca na wykonawcę nieznaną na dzień składania oferty koszty wykonania zamówienia. Postanowienie to godzi w równowagę stron umowy oraz obciąża wykonawcę wszystkimi konsekwencjami zmienionych warunków realizacji umowy, dotyczących bezpośrednich i podstawowych kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący zauważa, że na mocy ww. postanowienia umownego Zamawiający *de facto* uchylił się od obowiązku zmiany umowy spowodowanej okolicznościami, które z pewnością wystąpią, ale których wartości działając z najwyższą starannością, nie można wyliczyć lub przewidzieć. Tego rodzaju działania nie stanowią wykonywania prawa, ale są czynnościami zmierzającymi do jego obejścia tj. do uchylenia obowiązku waloryzacji z art. 439 Ustawy.

Odwołujący podnosi również, że ustalony we wzorze umowy faktyczny zakaz więcej niż jednokrotnej waloryzacji jest sprzeczny z celem art. 439 Ustawy. Ustalenie tak długiego terminu oczekiwania na

waloryzację lub limitów waloryzacji oznacza, że wykonawca samodzielnie finansuje wszelkie zmiany cen w okresie realizacji umowy. Tymczasem urealnienie cen ofertowych i uzyskanie porównywalnych ofert, wymaga zaprojektowania w umowie mechanizmu, umożliwiającego rozsądny podział ryzyk kontraktowych pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Projekt umowy takiego mechanizmu nie zawiera. Aktualne postanowienia umowne obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zmian kontraktowych. W efekcie powyższego, ceny ofertowe muszą uwzględniać ww. ryzyko i wzrosną nieproporcjonalnie względem rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia.

Przepis art. 439 Ustawy 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 uchylaniu się przez okres większości czasu obowiązywania umowy.

Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by zasady (w tym terminy) aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego.

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.

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

Realizując zasadę przejrzystości Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający kompletne i racjonalne 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 jest interpretowana 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 36 miesięcy realizacji kontraktu, wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców, a nadto jest sprzeczny art. 439 Ustawy.

Odwołujący zaznacza również, że 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.

Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów 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 opisanych wad nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Odwołujący zaznacza także, że przerzucanie na wykonawcę całości ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zgodnie z art. 439 Ustawy nie może przerzucać całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a zachowania takie stawią naruszenie ww. przepisu Ustawy jak i zasad współżycia społecznego. W świetle art. 439 pzp niedopuszczalne jest, aby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia.

Celem art. 439 Ustawy jest ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji.

Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że celem ww. klauzuli jest wyłączenie obowiązku partycypacji Zamawiającego w zwiększonych kosztach wykonania zamówienia, przy jednoczesnym umożliwieniu Zamawiającemu wystąpienia z roszczeniem o obniżeniu wynagrodzenia przez wykonawcę. W ocenie Zamawiającego tego rodzaju konstrukcja klauzuli waloryzacyjnej z art. 439 Ustawy jest niezgodna z art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zamawiający tak sformułował warunki waloryzacyjne, aby uniemożliwić lub co najmniej ograniczyć podwyżkę wynagrodzenia wykonawcy.

BRAK WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

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 określonych przez wyżej przywołany art. 112 i 116 pzp, definiuje cechy podmiotu (właściwości wykonawcy), jakie są niezbędne do uznania, że daje 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 ogólnikowe 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).

Zamawiający nie precyzując warunków udziału w przetargu może mieć kłopot z oceną, które zamówienie spełnia określony wymóg. Okoliczność ta może prowadzić do sytuacji, w której oferty złożą 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 rękopisami 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.

Reasumując, brak postawienia lub 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 spełniania 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 narzędzie 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 usług

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 oraz możliwe do zastosowania w odniesieniu do tego przedmiotu zamówienia standardy jakości. 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. Reasumując nie można posiadać doświadczenia o ile nie wykonało się jeszcze pewnego zakresu prac wynikającego z zawartych umów. Godne podkreślenia, w ocenie Odwołującego, 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 Odwołującego, na co wskazuje również przegląd orzecznictwa KIO dopiero wielokrotne należyte wykonanie usługi danego rodzaju może świadczyć o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia.

W dalszej kolejności należy wskazać, że 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 uniemożliwią 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 wartym 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 całokształt 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."

Reasumując dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców niedoświadczonych, nie znających specyfiki świadczenia usług 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.

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.

