

Wrocław, dnia 02 grudnia 2022 r.

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

Odwołujący:

Impel Facility Services Sp. z o. o.
ul. Antoniego Słonimskiego 1, 50 – 304 Wrocław
KRS: 0000005901; NIP: 9542250979

numer telefonu:
510 011 680

adres poczty elektronicznej:

b.panek-piotrowska@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko):

Barbara Panek-Piotrowska

Zamawiający:

Szpital Specjalistyczny
im. H. Klimontowicza w Gorlicach
ul. Węgierska 21 38-300 Gorlice
tel.: 0-18 35-53-317

e-mail: bzp@szpital.gorlice.pl

NIP: 738-17-94-844, KRS: 0000015952

adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

<https://www.szpital.gorlice.pl/zamowienia-publiczne.php>

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 wobec treści dokumentów zamówienia publicznego pn.: *Wykonywanie usług związanych z kompleksowym utrzymaniem czystości szpitala*. (znak postępowania: 105 / 2022).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 225 - 648010 z dnia 22.11.2022 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Wykonywanie usług związanych z kompleksowym utrzymaniem czystości szpitala*. Numer referencyjny: 105 / 2022.

- 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. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wprowadzenia do umowy postanowienia w przedmiocie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych;
- 2) 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 wzoru umowy postanowień kontraktowych. umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 3) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i art. 44 ust. 1 lit. a) ustawy z dn. 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez wadliwe i niezawierające obowiązkowych elementów ustawowych ustalenie w treści SWZ 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 i pełnej 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. 121 ust. 2 Ustawy w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 17 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez nieuzasadnione zastrzeżenie przez Zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, które to zastrzeżenie utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a nadto jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne;
- 5) art. 99 ust. 1 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty w tym w szczególności na jej wycenę.

- 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) wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia, że:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony nie może przekroczyć 10 % wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 5 ust. 1 w dniu podpisania umowy.

- 2) wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia, że:

Minimalna gwarantowana wielkość zamówienia wynosi 90% aktualnego wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 5 ust. 1 umowy.

- 3) zastąpienie dotychczasowej klauzuli z art. 439 Ustawy, klauzula o następującej treści:
1. *Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1, 2 i 3 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. 0,5% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadła 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. 0,5% 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 25% wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1.*
 - 4) usunięcie zastrzeżenia zawartego w pkt 9.4.3. SWZ że:
Zamawiający zastrzega, że usługi sprzątnia i dezynfekcji budynków, usługi pomocnicze przy pacjencie, oraz transportu nie mogą być powierzone podwykonawcom, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia
 - 5) Wprowadzenie do treści SWZ, w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia informacji o:
 - a) ilości powierzchni objętych usługą z podziałem na jednostki organizacyjne Szpitala albo w podziale na strefę białą, czarna i szarą;
 - b) wykazu powierzchni objętych umową, z podziałem na jednostki organizacyjne Szpitala;
 - c) godzin, w których wykonawca ma realizować usługę np. całodobowo lub przez 12 godzin od – do lub w inny sposób wraz z rozbiem na poszczególne jednostki organizacyjne Szpitala;

- d) rozpisania etatów wraz z określeniem ich dostępności dla Zamawiającego ze względu na jednostkę organizacyjną Szpitala;
- e) wymogów dot. środków chemicznych i środków czystości przy pomocy, których ma być realizowane zamówienia wraz ze wskazaniem ich spektrum działania;
- f) wymogów w zakresie wyposażenia Zamawiającego np. ilość umywalek, toalet, zlewów, brudowników itd. wraz z przyporządkowaniem do poszczególnych jednostek organizacyjnych Szpitala.

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. Aktualne 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 powyższej 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. 2 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 22.11.2022 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.: *Wykonywanie usług związanych z kompleksowym utrzymywaniem czystości szpitala.*

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

1. BRAK POSTANOWIENIA W PRZEDMIOCIE ŁĄCZNEJ MAKSYMALNEJ WYSOKOŚCI KAR UMOWNYCH

1.1. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 436 pkt 3 Ustawy, projektowane postanowienia umowne określają łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Projekt umowy dotyczący zamówienia nie zawiera postanowienia, o którym mowa w art. 436 pkt 3 Ustawy. Ponadto również inne postanowienia SWZ nie zawierają ww. wymaganej prawem regulacji.

1.2. Wobec powyższego Odwołujący stwierdza, że SWZ jest niezgodna z Ustawą. Ponadto brak ww. postanowienia umownego utrudnia złożenia oferty, gdyż wykonawca nie wie, jakiej wartości potrąceń może spodziewać się w związku z karami umownymi oraz czy ww. potrącenia nie skonsumują całości wynagrodzenia wykonawcy.

2. BRAK WSKAZANEJ MINIMALNEJ WIELKOŚCI ZAMÓWIENIA

2.1. Zgodnie z postanowieniami wzoru umownymi, Zamawiający nie określił minimalnej wielkości lub wartości swojego świadczenia. Jednocześnie zgodnie § 5 wzoru umowy Zamawiający jest uprawniony do ograniczenia wielkości zamówienia z jednoczesnym proporcjonalnym obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Postanowienie § 5 wzoru umowy brzmi:

1. Zamawiającemu przysługuje prawo do czasowego lub stałego zwiększania lub zmniejszania ilości pomieszczeń i terenów objętych przedmiotem zamówienia z przyczyn organizacyjnych Zamawiającego, w tym pomieszczeń powstałych w wyniku przeprowadzonego remontu, przebudowy, dobudowy obiektów szpitala, utworzenia nowych poradni i oddziałów.
2. Zmniejszenie zakresu usług nastąpić może przy zachowaniu 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia, którego koniec przypadać będzie na ostatni dzień miesiąca kalendarzowego i powodować będzie zmniejszenie wynagrodzenia za wykonywane usługi proporcjonalnie do zmniejszonej powierzchni objętych realizacją usług.
3. Zwiększenie zakresu spowoduje zwiększenie wynagrodzenia za wykonane usługi proporcjonalnie do zwiększonej powierzchni objętej realizacją usług.

- 2.2. Wobec powyższego, wykonawca na podstawie SWZ nie uzyskał informacji o minimalnej wartości lub wielkości zobowiązania Zamawiającego. Wartości i wielkości podane w SWZ są wielkościami szacunkowymi, są nieokreślone, pozwalają na dowolne ograniczenie wielkości zamówienia, a w konsekwencji obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem każdego rodzaju włączeń lub ograniczeń, w tym również wyłączeń nadzwyczajnie wysokich lub długich. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że wbrew wymogom art. z art. 433 pkt 4 Ustawy, wzór umowy nie zawiera minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron mimo, że Zamawiający zastrzegł dla siebie możliwość ograniczenia zamówienia.
- 2.3. Odwołujący podnosi ponadto, że 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).
- 2.4. Odwołujący podkreśla, iż takie 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”.

2.5. Ponadto 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.

2.6. 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”*.

2.7. 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 zasadą równości stron umowy”*.

2.8. 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)

2.9. 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 faktycznej, a nieszacowanej ilości, które zakupi 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 SWZ powoduje to, że tylko Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.

2.10. Odwołujący podnosi, 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).

2.11. 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 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:

a) 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.

b) 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.

3. WADLIWE POSTANOWIENIA WALORYZACYJNE - ART. 439 USTAWY.

3.1. Zgodnie z postanowieniami § 5 ust. 6 wzoru umowy:

Po okresie 6 m-cy Wykonawcy przysługuje również prawo do waloryzacji wynagrodzenia w części wynikającej z kosztów prowadzenia usług, określonej w formularzu ofertowym. Wykonawca składając do Zamawiającego wniosek o waloryzację musi udokumentować jej wpływ na koszty zakupu materiałów służących do realizacji zamówienia. Wysokość tej zmiany nie może przekraczać wskaźnika zmian cen towarów i usług ogłaszanego przez GUS za ten okres.

3.2. Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi: 12 miesięcy.

3.3. Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie zawiera postanowień wymaganych przepisem art. 439 ust. 2 Ustawy. Klauzula nie zawiera regulacji o sposobie ustalania zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym klauzula ta jest niezgodna z Ustawą. Przywołana klauzula nie odsyła do żadnego wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, ani też do innej podstawy, która ma służyć do dokonania zmiany (aktualizacji) wynagrodzenia wykonawcy. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie został w ogóle wskazany ww. klauzuli.

3.4. Zgodnie z art. 439 ust. 2 w umowie określa się 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.

Klauzula wprowadzona przez Zamawiającego do wzoru umowy nie zawiera ww. regulacji.

Odwołujący na podstawie ww. klauzuli waloryzacyjnej nie wie w jaki sposób i na jakich zasadach jego wynagrodzenie zostanie zindeksowane.

Odwołujący zaznacza również, że klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 439 Ustawy nie ma charakteru negocjacyjnego. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu klauzula ta musi zwierać jednoznacznie określone miary i wskaźniki, zgodnie z którymi przeprowadzona zostanie indeksacja wynagrodzenia wykonawcy. Ustawa wymaga, aby wskazane parametry (miary i wskaźniki) zostały ujawnione w treści SWZ. Zastosowanie odmiennej interpretacji przepisu art. 439 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 również 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. Niedopuszczalnym jest więc pozostawianie niedookreślonych, lub nieopisanych elementów klauzuli indeksacyjnej określających sposób wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy po aktualizacji.

Odwołujący zaznacza ponadto, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy, wykonawca na podstawie postanowień wzorca umowy, powinien uzyskać wiedzę jaki poziom ryzyka związanego ze zmianą poziomu cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia zobowiązany będzie sfinansować samodzielnie, a w której części ww. ryzyka i w jakiej wysokości będzie partycypował Zamawiający. Klauzula zawarta we wzorze umownym nie zawiera ww. informacji. Tym samym klauzule sformułowana przez Zamawiającego jest również z tego powodu wadliwa.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 439 ust. 2 Ustawy nie jest dopuszczalne wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne zapisu „otwartego”, umożliwiającego zmianę wynagrodzenia na zasadach ustalonych (sprecyzowanych, zdefiniowanych) przez strony po zawarciu umowy lub jednostronnie przez Zamawiającego. Wprowadzenie do SWZ tego typu „otwartych” postanowień nie stanowi wykonania przez Zamawiającego obowiązków, o których mowa w art. 439 Ustawy. Przeciwnie sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest czynnością sprzeczną z Ustawą, która jako taka wywołuje skutek, o którym mowa w art. 58 § 1 kc. Ponadto sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej, w sposób, o którym mowa powyżej jest również niezgodne z art. 353¹, gdyż stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne, przejawiające się w kształtowaniu niedozwolonych ze względu na przepisy Ustawy klauzul waloryzacyjnych, które nie gwarantują ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron.

Odwołujący zaznacza równocześnie, że przepis art. 439, w tym także art. 439 ust. 2 Ustawy na charakter *ius cogens*. Wobec powyższego Zamawiający nie jest uprawniony w drodze jednostronnego oświadczenia lub decyzji zwolnić się z obowiązków sformułowania w treści SWZ postanowień wymaganych dyspozycją przywołanego przepisu.

Odwołujący zwraca również uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.01.2022 r. (sygn. akt: KIO 3600/21) oraz zawarte w tymże wyroku uzasadnienie zgodnie, z którym: „Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje

z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy [por. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, *Waloryzacja umów*, *Zamówienia Publiczne. Doradca*. 2021, nr 9].

Dodatkowo, jak słusznie zwrócił na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych, *klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie*

waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty.” (podkreślenie dokonane przez Odwołującego)

4. PODWYKONAWSTWO

4.1. Zgodnie z pkt 9.4.3 SWZ:

Zamawiający zastrzega, że usługi sprzątnięcia i dezynfekcji budynków, usługi pomocnicze przy pacjencie, oraz transportu nie mogą być powierzone podwykonawcom, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia (...).

Ponadto w pkt 37 SWZ zawiera informację:

OSOBISTE WYKONANIE PRZEZ WYKONAWCĘ KLUCZOWEGO ZADANIA – nie dotyczy

Jednocześnie w pkt 9.1.4. SWZ sformułowany został następujący warunek udziału w postępowaniu:

Zamawiający wymaga posiadanie doświadczenia: Za spełniających ten warunek Zamawiający uzna wykonawców którzy wykażą wykonanie co najmniej 1 lub więcej usług utrzymywania czystości realizowaną kompleksowo na terenie zakładów leczniczych, w tym szpitala o wartości łącznej min. 5.000.000 zł brutto, potwierdzone poświadczeniem - poświadczeniami podmiotu zlecającego usługę.

4.2. Wobec powyższej treści SWZ, Odwołujący podnosi, że zastrzeżenie dotyczące zakazu podwykonawstwa narusza Ustawę, gdyż w postępowaniu uniemożliwione zostało posługiwanie się przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 118 Ustawy. Dlatego też ww. zastrzeżenie jest niezgodne z pzp, co - przez analogię - potwierdza m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław - miasto na prawach powiatu v. Minister Infrastruktury i Rozwoju, (C-406/14, ECLI:EU:C:2016:562).

Odwołujący wskazuje, że zakaz podwykonawstwa dotyczy wszystkich czynności składających się na realizację zamówienia. Tym samym wykonawca *de facto* jest zmuszony wykonać osobiście i samodzielnie niemal 100% zamówienia a nadto, że względu na zastrzeżenia z 9.4.3 SWZ zobowiązany jest na potwierdzenie warunku wykazać się wyłącznie własnym doświadczeniem.

4.3. Odwołujący podkreśla, że został pozbawiony możliwości skorzystania z instytucji udostępnienia potencjału, o której mowa w art. 118 i nast. ustawy, z uwagi na fakt, że zakres czynności wymaganych do osobistej realizacji przez wykonawcę jest identyczny z treścią zadań wymaganych w warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym doświadczenia. Odwołujący wskazuje, że ww. zastrzeżenie o zakazie podwykonawstwa powoduje, że skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego jest bezcelowe, gdyż i tak wykonawca, jako podmiot zobowiązany do osobistej realizacji zamówienia, musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący doświadczenia określony w SWZ. Podwykonawca nie może zaś wziąć udziału w realizacji umowy, a tym samym udostępnienie przez niego potencjału, nie wywoła skutku w postaci spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (warunku w zakresie doświadczenia).

Wobec powyższego ww. zastrzeżenie jest niezgodne z pzp, co przez analogię, potwierdza m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).

4.4. Niezależnie od powyższego, Odwołujący zaznacza również, że na skutek ograniczeń ustalonych jednocześnie w ww. warunku dotyczącym doświadczenia i w zakazie podwykonawstwa dochodzi do istotnego i nieuzasadnionego potrzebami Zamawiającego ograniczenia konkurencji. Z postępowania zostają bowiem wyeliminowani wykonawcy, którzy zamierzają świadczyć usługę przy udziale podwykonawcy. Ograniczenia takiego nie usprawiedliwią potrzeby Zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamówienie to jest bowiem usługą nieskomplikowaną, powszechnie dostępną i typową dla jednostek służby zdrowia (szpitali).

- 4.5. Odwołujący podnosi, że zakres czynności, występujących w zamówieniu, dopuszczonych do wykonania w ramach podwykonawstwa został całkowicie wyłączony w zakresie dotyczącym rzeczywistej i faktycznej realizacji usługi. Zastrzeżenie jako kluczowych części zamówienia 100% usługi wymaganej w zamówieniu ewidentnie ogranicza konkurencję oraz narusza zasadę powierzania realizacji zamówienia podwykonawcom, jako przedstawicielom MŚP, którzy dzięki tej zasadzie mogą zdobywać doświadczenie. Na poparcie stanowiska Odwołującego przywołuje wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2020-01-30, 14ygn.. akt: I GSK 1652/18 w którym Sąd wskazał cyt: *„Ze względu na zasadę uczciwej konkurencji i konieczność otwarcia rynku zamówień dla mniejszych przedsiębiorców nie można pojęciem „kluczowych części zamówienia” obejmować prac wyczerpujących niemal cały przedmiot zamówienia.”*
- 4.6. Zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, wyłączenie z udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Analiza zakresu usług, co do którego Zamawiający wyłączył możliwość powierzania podwykonawcom w przypadku przedmiotowego postępowania, nie ma uzasadnienia w specyfice tychże usług. Przeciwnie – ze względu na nieskomplikowany charakter czynności, objętych zamówieniem oraz brak unikalnych kwalifikacji/uprawnień, niezbędnych do ich wykonania, powszechną praktyką rynkową jest podwykonawstwo w zakresie czynności, oznaczonych przez Zamawiającego jako kluczowe części zamówienia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek osobistego wykonania części zamówienia bez uzasadnienia technologicznego, z określeniem zakresu, nie będącego częścią kluczową oraz niewspółmiernie do potrzeb oraz w sposób powodujący istotne ograniczenie konkurencji. Zamawiający, zgodnie z Prawem zamówień publicznych, jest uprawniony zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia wyłącznie w przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Przepis art. 121 Pzp stanowi wyjątek od zasad prawa cywilnego, w tym w szczególności przepisów Kodeksu cywilnego i jako taki, powinien być stosowany w sposób ścisły. Wyłączenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane w szczególności zapewnieniem jakości zamówienia, która – w przypadku powierzenia zadań podwykonawcy – doznałaby istotnego uszczerbku (przy czym nie można w takim wypadku mówić o uchybieniach incydentalnych, związanych z wykonywaniem części zamówienia przez podwykonawcę). Wspomniany przepis jest uprawnieniem Zamawiającego, jednakże jego zastosowanie, z uwagi na to, że jest wyjątkiem od ogólnej zasady, wymaga uzasadnienia. Samo uprawnienie, bez żadnego uzasadnienia zastosowania tego przepisu, nie może bowiem doprowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji, do czego zdecydowanie w tym postępowaniu poprzez owe postanowienia specyfikacji już doszło. Powyższa regulacja wyraźnie wskazuje, iż zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach,

uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Czynności wymienione w pkt 9.4.3. SWZ nie spełniają tego wymogu. Skutkiem zawarcia wymogu ich osobistego wykonania, jest natomiast ograniczenie konkurencji.

4.7. Odwołujący podnosi, że Zamawiający, zanim dokona ograniczenia w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia, powinien dokonać analizy ich zakresu i rzeczywistych potrzeb w tym obszarze, tak, aby zachować równowagę między własnym interesem, a wyrażoną wprost w Prawie zamówień publicznych zasadą konkurencyjności. Odwołujący za Trybunałem Sprawiedliwości wskazuje, że: „W zakresie zamówień publicznych, Trybunał przypomniał, iż w interesie Unii leży otwarcie przetargów na jak najszerzą konkurencję, również jeżeli chodzi o zamówienia nieobjęte zakresem dyrektywy 2004/17 (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2014r., *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 29; a także z dnia 28 stycznia 2016 r., *CASTA i in.*, C-50/14, EU:C:2016:56, pkt 55). Korzystanie z podwykonawstwa, które może zachęcać małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. akt: KIO 867/19 jest tu również jednoznaczny: *„Przysługujące Zamawiającemu na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 1 Pzp uprawnienie do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jako zostanie powierzona podwykonawcom nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia. Stąd konieczność ścisłej interpretacji art. 36 ust. 2 pkt 1 Pzp - kluczowa część przedmiotu zamówienia w rozumieniu tego przepisu nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia. Izba uznała za słuszne stanowisko Odwołującego, wskazujące, że wykonanie konstrukcji żelbetowych komór i zbiorników ma charakter typowej roboty budowlanej. Przy założeniu prawidłowego opracowania projektu budowlanego, a następnie jego właściwej, zgodnej z zasadami sztuki budowlanej realizacji, nie ma żadnych podstaw by uznać, że niezbędny jest osobisty udział wykonawcy.”*

W uchwale z 11.08.2015 r., KIO/KD 43/15, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: *„Określenia kluczowe części zamówienia nie można odnosić do całego zakresu zamówienia wyłącznie dlatego, że każdy z elementów robót ma wpływ na końcowy efekt wykonania całości robót. Jak słusznie zauważył Prezes UZP, powyższa interpretacja prowadziłaby do całkowitego wyłączenia możliwości powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom, co jest sprzeczne z generalną zasadą, określoną w art. 36a ust. 1 P.z.p., zgodnie z którą wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, co oznacza, że co do zasady każda z części zamówienia może być powierzona do wykonania przez podwykonawcę”*. Za wyrokiem KIO 1837/17 *„samo uznanie danego elementu zamówienia*

za element kluczowy nie powoduje samo w sobie ograniczenia kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę. To ograniczenie następuje wtedy, gdy zamawiający zastrzeże, iż wskazany kluczowy element zamówienia winien być wykonany osobiście przez wykonawcę. Do tej sytuacji odnoszą się poniższe rozważania i ustalenia Izby. Ocena, które części zamówienia będą kluczowymi częściami zamówienia na roboty budowlane lub usługi należy niewątpliwe do zamawiającego. Jednakże biorąc pod uwagę fakt, że takie ustalenie powoduje ograniczenie konkurencji w postępowaniu, to postawienie takiego wymagania nie może być prostą reakcją na potrzebę wzmoczonej staranności dla prawidłowego wykonania danego zamówienia ze względu na jego strategiczny charakter. Winno opierać się na zindywidualizowanych dla danego postępowania obiektywnych przesłankach wykazujących, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy, może doprowadzić do jego niewykonania (...)

(...)Niestety ustawodawca, dając zamawiającemu możliwość ograniczenia udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, nie zawarł w ustawie definicji legalnej pojęcia, kluczowych części zamówienia. Zgodnie z definicją słownikową „kluczowy” to „istotny, podstawowy, główny, najważniejszy”. Wydaje się jednak, że ustawodawca nie odwołuje się do podziału obowiązków dłużnika na podstawowe i uboczne, a raczej do podziału na elementy istotne dla prawidłowego wykonania umowy związane z osobą wykonawcy (tak M. Stachowiak w Komentarzu do art.36(a) ustawy - Prawo zamówień publicznych, stan prawny 19.10.2014 r., LEX,). Istnieje trudność w zdefiniowaniu „elementu kluczowego zamówienia” gdyż to określenie jest równoważne szeregu innym, dlatego trudno wskazać inny wyraz jednoznacznie określający np. mniej lub bardziej istotną część zamówienia. Na marginesie wskazać należy iż w słowniku synonimów i wyrazów bliskoznacznych dla słowa kluczowy istnieje 105 wyrazów bliskoznacznych, a więc mających takie samo znaczenie co wyraz kluczowy. Dlatego też zdaniem Izby, podstawą do możliwości wskazania w SIWZ danego elementu zamówienia jako elementu kluczowego, który wykonawca winien wykonać osobiście, jest wystąpienie obiektywnych okoliczności uzasadniających objęcie tej części zamówienia specjalnym statusem, który to element dla prawidłowego wykonania zamówienia ma kapitalne, zasadnicze znaczenie. (...) W uchwale KIO z dnia 7 listopada 2013 roku sygn. KIO/KU 97/13 Izba stwierdziła, że „zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy”. „Jako przykład w tym zakresie wskazano, że kluczowym elementem zamówienia będzie np. usługa konserwacji dzieła sztuki, gdzie dopuszczenie do wykonania w miejsce wykonawcy podwykonawcy, posiadającego wiedzę w tym zakresie, ale nie posiadającego szczególnych kwalifikacji (gdyż te zostały co do zasady zweryfikowane dla głównego wykonawcy) może doprowadzić np. do trwałej niemożności niewykonania zamówienia. Jako odmienny przykład można wskazać np. wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi, który to element jako niewątpliwie istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców, gdyż na jego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje. (...)” „Na wstępie rozważań co do zasadności zarzutów odwołania wskazać

należy, że Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu zasobu potencjału, technicznego, kadrowego i doświadczenia, który odnosi się do przedmiotu zamówienia, jego zakresu, nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię wykonania zamówienia nie był pozbawiany prawa złożenia oferty. Izba podkreśla, że opisanie przedmiot zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu ma niebagatelne znaczenie dla całego postępowania, bowiem częstokroć ma decydujący wpływ na wynik postępowania”.

4.8. Ponadto Zamawiający opisując warunki determinujące możliwość udziału wykonawców w postępowaniu, winien mieć na względzie w szczególności konieczność przestrzegania zasady konkurencyjności i transparentności postępowania. Zamawiający realizując zamówienie publiczne korzysta w tym celu, jako beneficjent, z pieniędzy publicznych. Jest zatem zobowiązany do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji oznacza, iż nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego zamówienia. W tym zakresie przytoczyć trzeba stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., sygn. X Ga 67/08 „kształtowanie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu nie może być działaniem dowolnym zamawiającego, a poziom postawionych wymagań musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Dlatego też każdy dodatkowo, nadmiarowo, postawiony warunek ograniczający konkurencję winien być po pierwsze, niezbędny dla zrealizowania zamówienia, a po drugie, zasadność jego postawienia musi zostać wykazana przez Zamawiającego.”

4.9. Podsumowując, Zamawiający ma możliwość zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia poprzez całość opisu przedmiotu zamówienia, postanowień umownych, zapewnienia profesjonalnego nadzoru itp. Zamawiający winien tak ustalić warunki udziału i wymogi, co do jego realizacji, aby nie została zachwiana równowaga pomiędzy interesem zamawiającego w pozyskaniu wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania wskazać należy, iż:

- a) zakres czynności opisanych w pkt 9.4.3 SWZ stanowi 100% czynności, które wykonawca zobowiązany jest realizować wykonując zamówienie;
- b) czynności zastrzeżone przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę nie spełniają kryteriów do uznania ich za kluczowe, w rozumieniu definicji zadań kluczowych jakie wypracowało orzecznictwo;

- c) powszechnie wiadomym jest, że na rynku funkcjonują podmioty, które mają odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz potencjał, aby w sposób prawidłowy mogą wykonać jako podwykonawcy czynności ujęte w pkt 9.4.3 SWZ oraz w opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy. Niewątpliwym skutkiem zastrzeżenia osobistego wykonania w 9.4.3. SWZ jest ograniczenie konkurencji.

Wskazane uchybienia jednoznacznie potwierdzają zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych we wstępie odwołania.

5. NIEJEDNOZNACZNY I NIEPRECYZYJNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.

5.1. Odwołujący podnosi, że opis przedmiotu zamówienia powinien zostać dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

5.2. Opis przedmiotu zawarty w SWZ nie spełnia wymogów art. 99 Ustawy, gdyż nie zawiera podstawowych informacji dotyczących opisu budynku i powierzchni, na których będzie wykonywana usługa.

W opisie przedmiotu zamówienia brak takich informacji jak:

- 1) wykaz ilości powierzchni objętych usługą z podziałem na jednostki organizacyjne Szpitala albo w podzieleniu na strefę białą, czarną i szarą;
- 2) wykazu powierzchni objętych umową, z podziałem na jednostki organizacyjne Szpitala;
- 3) godzin, w których wykonawca ma realizować usługę np. całodobowo lub przez 12 godzin od – do lub w inny sposób;
- 4) rozpisania etatów – określenia ich dostępności dla Zamawiającego;
- 5) wymogów w zakresie wykazu środków chemicznych i środków czystości przy pomocy, których ma być realizowane zamówienia wraz ze wskazaniem ich spektrum działania;
- 6) opisu wyposażenia Zamawiającego np. ilość umywalek, toalet, zlewów, brudowników itd..

5.3. Brak informacji, o których mowa powyżej powoduje, że wykonawca nie jest w stanie wycenić usługi. Wykonawca nie wie bowiem jaki nakład środków jest konieczny do należytego wykonania zamówienia. Oczywistym jest bowiem, że inne są wymogi co do sprzątania strefy białej szpitala, która wymaga utrzymania w podwyższonym standardzie higieniczno – sanitarnym wymagającym usuwania określonych zanieczyszczeń, w tym zanieczyszczeń szpitalnych związanych z materiałem biologicznym stanowiącym pozostałość po działalności leczniczej a inne wobec np. biur stanowiących strefę czarną szpitala. Wielkość ww. powierzchni wprost przekłada się na koszt wykonania usługi. Bez ww. informacji wykonawca nie wie jakie koszty musi przyjąć do wyceny usługi. Brak ww. danych powoduje, że wykonawca nie wie jaką ilość środków czyszczących i chemicznych musi przewidzieć, do wykonania usługi, jak dostępność osób realizujących zamówienie musi być zapewniona na obiekcie, czy usługa jest realizowana w godzinach nocnych a jeśli tak to

w jakiej ilości, jakie środki ochrony osobistej muszą być zapewnione pracownikom i w jakich ilościach itd.. Wszystkie ww. koszty są pochodną wielkości powierzchni, ich wyposażenia przeznaczenia i wymogów co do godzin obsługi. Informacje te nie zostały podane w SWZ. Skutkiem czego opis przedmiotu zamówienia narusza art. 99 Ustawy. Na podstawie SWZ wykonawca nie może wycenić usługi.

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.