

Łódź, dnia 3 lutego 2025 roku

Do: Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Zachodnie Centrum Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą
w Krośnie Odrzańskim
ul. Piastów 3, 66-600 Krosno Odrzańskie
REGON: 366423412
KRS: 0000660429, NIP: 926-167-64-22
tel. kom. 68 419 75 80
E-mail: d.rosinska-chowaniec@szpitalzcm.pl
www.szpitalzcm.pl

Odwołujący: Izan + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
KRS: 0000171397; NIP: 7960001798
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Żaklinę Sikorską
adres do doręczeń: ul. Traktorowa 126 lok. 202, 91-204 Łódź

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej progu unijnego pt. „*Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i dezynfekcji Zachodniego Centrum Medycznego sp. z o. o. w Krośnie Odrzańskim*”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 22 stycznia 2025 roku pod numerem: 44364-2025, numer wydania: ZCM-ZP.270.2.2025.PN.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Izan + z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz 2019 ze zm. - zwanej dalej „Pzp”), niniejszym:

- I. wnoszę odwołanie na:** zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy tj. na zaniechanie wprowadzenia do dodatku nr 6 do SWZ (wzoru umowy) obligatoryjnych postanowień umownych dot:
- a) minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia Wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający – art. 433 pkt 4) Pzp
 - b) zaniechanie wprowadzenia do projektu umowy postanowienia dotyczącego zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – art. 439 ust. 1 i

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 433 pkt 4) Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp** przez zaniechanie wskazania w dodatku nr 6 do SWZ (wzorzec umowy) projektowanych postanowień umownych dot. minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia Wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający, pomimo zastrzeżenia we wzorze umowy możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy.
- 2) **art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp w zw. z art. 8 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c.** poprzez zaniechanie określenia w dodatku nr 6 do SWZ (wzorzec umowy) projektowanych postanowieniach umownych – zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pomimo że umowa na usługi ma być zawarta na okres przekraczający 6 miesięcy;

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) **Odnosnie do zarzutu nr 1** - zmiany dodatku nr 6 do SWZ poprzez wprowadzenie do wzoru umowy minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia Wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający w myśl art. 433 pkt 4) Pzp,

proponujemy wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia o następującej treści:

"Częściowe zmniejszenie zakresu usług określone w §5 ust. 3 Umowy nie może przekroczyć 20% zsumowanej łącznej wartości Umowy/wartości umowy brutto określonej w §5 ust. 1 Umowy. W przypadku zmniejszenia zakresu usług w danym miesiącu poniżej 80% wartości umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości odpowiadającej 80% wartości umowy".

- 2) **Odnosnie do zarzutu nr 2** – zmiany dodatku nr 6 do SWZ (wzoru umowy) poprzez wprowadzenie do wzoru umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 Pzp,

proponujemy wprowadzenie w §5 Wzoru Umowy postanowienia o następującej treści:

„Strony dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia zgodnie z art. 439 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia, wynosi 5%. Początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia, jest upływ 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jeśli zaś umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert. Zmiana wynagrodzenia dokonuje się w ten sposób, że od 1 stycznia każdego roku kalendarzowego każda ze stron będzie upoważniona do dokonywania raz do roku automatycznej waloryzacji

wynagrodzenia w oparciu o średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i dóbr konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedzający. Maksymalnie wynagrodzenie może ulec zmianie nie więcej niż o 30% w oparciu o zmiany cen materiałów lub kosztów.”

III. Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług będących przedmiotem zamówienia, zaś zaskarżone postanowienia Projektu Umowy uniemożliwiają mu złożenie ważnej i rzetelnej oferty w postępowaniu. Ponadto nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert. Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

IV. Wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od wniesionego odwołania.

UZASADNIENIE

W dniu 22 stycznia 2025 roku Zamawiający ogłosił wszczęcie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne pn. *„Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i dezynfekcji Zachodniego Centrum Medycznego Sp. z o.o. w Krośnie Odrzańskim.”*

Zamawiający naruszył przepisy Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, konstruując postanowienia umowne w sposób sprzeczny z ustawą.

Uzasadnienie zarzutu nr 1)

W §5 ust. 3 dodatku nr 6 do SWZ - projektu Umowy Zamawiający zastrzegł:

„Zamawiający przewiduje możliwość czasowego zmniejszenia lub zwiększenia zakresu Przedmiotu umowy poprzez wyłączenie niektórych pomieszczeń wynikających z Załącznika nr 2 lub też włączenie nowych pomieszczeń oraz zwiększenia lub zmniejszenia zakresu czynności w zał. nr 1. O zamiarze wyłączenia lub dodania zakresu sprzątnia Zamawiający zawiadomi Wykonawcę pisemnie/faksem lub pocztą e-mail na 7 dni przed ustalonym terminem wyłączenia lub dodania”

-- nie wskazując równocześnie minimalnej wartości swojego świadczenia.

Zgodnie natomiast z art. 433 pkt 4 Pzp: *„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: [...] 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.”*

Mając na względzie powyższe Zamawiający naruszył treść art. 433 pkt 4) Pzp nie

wskazując minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Wykonawcy o jakie może Zamawiający ograniczyć zamówienie w trakcie jego wykonywania.

Wskazanie minimalnej wartości świadczenia stron bądź wskazanie maksymalnej wartości, o jaką Zamawiający może ograniczyć zamówienie, stanowi dla Wykonawcy gwarancję, że uzyska on określone korzyści ekonomiczne z wykonywania Zamówienia oraz że nie poniesie straty.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 stycznia 2023 roku (sygn. 3481/22), podejmując refleksję nad charakterem naruszenia art. 433 pkt 4 Pzp:

„W ocenie Izby, kwestionowane postanowienie narusza art. 433 pkt 4 ustawy pzp, w zakresie w jakim stanowi nieuprawnione ograniczenie zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia. Nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie oferty i ryzyk, gdy wykonawca nie ma pewności co do zakresu zamówienia, który zrealizuje. Zamawiający przewidując postanowienie pozwalające na wypowiedzenie umowy jest zobowiązany ustalić gwarantowaną wielkość świadczenia”

Komentowany przepis nie daje zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy. Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez zamawiającego w postaci braku określenia minimalnego progu wykonania umowy i możliwości ograniczenia, w ten sposób, roszczeń wykonawcy wobec zamawiającego, jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania.

Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze.

Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników).

Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali - koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek

czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli *koszty „utraconych szans”*, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mogłyby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości.

Wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, umożliwienie Zamawiającemu ograniczenia wartości zamówienia stanowi przejaw wykorzystania przez Zamawiającego pozycji organizatora przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego. Ponadto tak sformułowana umowa uniemożliwia precyzyjne skalkulowanie oferty. Wobec braku określenia podstaw ograniczenia zamówienia, nie sposób przewidzieć ryzyka ograniczenia zamówienia, bowiem zależy ono wyłącznie od woli zamawiającego. Narusza to zasadę, że zmiany umowy są dopuszczalne tylko w przypadku ich przewidzenia i określenia warunków wprowadzenia zmian.

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie zamawiającemu modyfikacji umowy poprzez zastrzeżenie, że zamówienie może zostać ograniczone o maksymalnie 20% przedmiotu zamówienia oraz określenie konsekwencji spadku liczby sprzątanых powierzchni objętych przedmiotem zamówienia o więcej niż 20%.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w petitum odwołania.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zamawiający w § 5 ust. 7 dodatku nr 6 do SWZ - wzorze umowy – zastrzegł zasady zmiany wysokości wynagrodzenia. Jednocześnie Zamawiający nie określił zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – tym samym naruszając artykuł 439 ust. 1 i 2 Pzp.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 Pzp:

- 1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*
- 2. W umowie określa się:*
 - 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;*

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Tak więc, stosownie do art. 439 ust. 1 i 2 Pzp – mając na uwadze, że umowa ma być zawarta na 24 miesiące – Zamawiający winien określić postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Z uwagi na fakt, że największą część wynagrodzenia Wykonawcy stanowi koszt nabycia produktów służących do sprzątania, Zamawiający winien zastosować wskaźnik zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych. Mając na uwadze obecnie bardzo szybko rosnące ceny produktów służących do sprzątania, a także długość trwania kontraktu konieczne jest wprowadzenie możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Warto wskazać, że przepis art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), co oznacza, iż polski ustawodawca nie przewidział dla zamawiającego podstaw prawnych, aby w projekcie umowy zamawiający mógł samodzielnie dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń stosowania dyspozycji przepisu art. 439 ustawy Pzp. W myśl przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający jest obowiązany do wprowadzenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych. Na gruncie art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, zmiany wskaźników ogłaszane są przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość. Wykonawcy nie mają również wiedzy przy kalkulowaniu ceny oferty na temat planowanej wysokości zmian w/w wskaźników. Celem wskazanego przepisu art. 439 ustawy Pzp, jest zatem prawna możliwość zminimalizowania przez strony umowy negatywnych dla wykonawcy skutków zmian wskaźników cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją zamówienia.

Ponadto, zawarcie w projektowanych postanowieniach umownych postanowień dotyczących waloryzacji opartej o art. 436 Pzp nie zmienia faktu, że Zamawiający obowiązany jest zawrzeć w projekcie umowy również postanowienia dotyczące waloryzacji na podstawie art. 439 ust. 1 i 2 Pzp. – jeśli umowa została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, a tak jest w tym wypadku.

Jak wskazała bowiem KIO:

„Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad

wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W myśl wyżej wskazanego przepisu, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek zawarcia w postanowieniach umownych zasad związanych ze zmianą wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w innych przypadkach niż w tych określonych przepisem art. 436 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż obowiązek taki wynika wprost z treści omawianego przepisu. Ustawodawca nie posłużył się bowiem sformułowaniem „miękkim”, np. „może zawierać” ale wprost wskazał, że umowa ma zawierać (zawiera) odpowiednie postanowienia. Brak takich postanowień umownych jest działaniem, w ocenie Izby, contra legem (sygn. akt: KIO 1085/22).”

Wobec powyższego, wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

1. aktualny wydruk informacji z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo;
3. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
4. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
5. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.