

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 sierpnia 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 sierpnia 2022 r.** przez wykonawcy: **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Konstancyńska 85, 95-100 Zgierz**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących:

- a) § 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia – projektowane postanowienia umowy w zakresie przewidzenia po zaistniałych zdarzeniach zmiany wynagrodzenia jednostkowego wyłącznie netto, tj. naruszenia art. 436 pkt 4 lit. b Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany jedynie wynagrodzenia jednostkowego netto, z pominięciem wynagrodzenia jednostkowego brutto, z uwagi na jego wycofanie;**
- b) § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia – Projektowane postanowienia umowy w zakresie określenia możliwości jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy odpowiednio z końcem 2022, 2023, 2024, na podstawie**

pisemnego powiadomienia Wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, tj. naruszenia art. 455 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 4 Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez określenie możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego na podstawie pisemnego powiadomienia wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, w zakresie, w jakim postanowienie przyznaje Zamawiającemu nieograniczoną możliwość rozwiązania umowy w dowolnym czasie, przy jednoczesnym ograniczeniu roszczeń wykonawcy jedynie do wynagrodzenia za wykonaną część umowy, z uwagi na jego uwzględnienie;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **STEKOP S.A., ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Usługę utrzymania czystości na terenie kompleksów wojskowych*”, numer ref. postępowania: 73/ZP/22, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.07.2022 r. pod nr 2022/S 143-409478 przez Skarb Państwa – 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Konstantynowska 85, 95-100 Zgierz zwany dalej: „*Zamawiającym*”. Ogłoszenie oraz postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SWZ*” zostały opublikowane w tym samym dniu na platformie zakupowej: <https://www.platformazakupowa.pl/transakcja/644716>. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej „*NPzp*” albo „*PZP*” albo „*Pzp*”.

W dniu 08.08.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca „*STEKOP*” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Mołdawska 9, 02-127 Warszawa zwany dalej: „*STEKOP*” spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie” albo „*Odwołującym*” wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego na postanowienia SWZ z 27.07.2022 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (za pomocą platformy zakupowej). Odwołanie wniesiono w następującym zakresie: 1) Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.4) Opis zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział III Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych SWZ w zakresie żądania przedmiotowych środków dowodowych w postaci „aktualnego Certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny wydany przez jednostkę certyfikującą TUV Rheinland Polska Sp. z o.o.”, 2) Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.5) Kryteria udzielania zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział XIV pkt 1 i 2 SWZ w zakresie określenia jako kryterium oceny ofert posiadania Certyfikatu „Gwarant czystości i higieny” – waga 25 % oraz w zakresie opisu sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert „Gwarant czystości i higieny”, 3) § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie określenia możliwości jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy odpowiednio z końcem 2022, 2023, 2024, na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, 4) § 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie przewidzenia po

zaistniałych zdarzeniach zmiany wynagrodzenia jednostkowego wyłącznie netto, 5) § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie:

a) przewidzenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia po minimum 20% zmianie cen związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej, b) uzależnienia rozpoznania wniosku i w konsekwencji zmiany wynagrodzenia wykonawcy od przedstawienia kompletnej, precyzyjnej, rzetelnej „szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym, w tym kosztów poniesionych na zakup materiałów wraz z dokumentami potwierdzającymi dane kalkulacyjne (w tym wzrost cen materiałów)”, c) przewidzenia możliwości kolejnej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia po upływie 12 miesięcy od dnia dokonania ostatniej zmiany umowy. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie: 1) art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz z naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości, przejawiające się w: a) określeniu kryteriów oceny ofert oraz opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert „Gwarant Czystości i Higieny” w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez: – określenie jako kryterium oceny ofert aspektów odnoszących się do właściwości wykonawcy, – określenie, że wykonawcy otrzymają punkty w ramach określonego kryterium oceny oferty wyłącznie w sytuacji przedstawienia konkretnego (wybranego przez Zamawiającego) certyfikatu oraz niedopuszczenie możliwości uzyskania punktów przez wykonawców w przypadku przedłożenia innych, co najmniej równoważnych certyfikatów, – określenie różnych wag dla kryteriów potwierdzających równoważne cechy, b) uzależnieniu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy od przedłożenia „szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym”, bez wskazania poziomu szczegółowości kalkulacji i jej elementów składowych, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że „nieprzekazanie przedmiotowych kalkulacji lub przekazanie kalkulacji niekompletnej, nieprecyzyjnej lub nierzetelnej będzie stanowić podstawę odmowy uwzględnienia wniosku o zmianę wynagrodzenia umownego”; 2) naruszenie art. 241 ust. 3 Pzp poprzez określenie jakie jednego z kryteriów oceny ofert posiadania Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” – waga 25 %, w sytuacji gdy kryterium to dotyczy właściwości wykonawcy; 3) naruszenie art. 240 ust. 2 Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert oraz opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” w sposób nieumożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia; 4) naruszenie art. 105 ust. 1 Pzp

poprzez żądanie złożenia przez wykonawcę Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” w celu potwierdzenia zgodności oferowanych usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, w sytuacji gdy wymieniony certyfikat dotyczy właściwości wykonawcy, a więc stanowi podmiotowy środek dowodowy; 5) naruszenie art. 455 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp poprzez określenie możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego na podstawie pisemnego powiadomienia wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, w zakresie, w jakim postanowienie przyznaje Zamawiającemu nieograniczoną możliwość rozwiązania umowy w dowolnym czasie, przy jednoczesnym ograniczeniu roszczeń wykonawcy jedynie do wynagrodzenia za wykonaną część umowy; 6) naruszenie art. 436 pkt 4 lit. b Pzp poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany jedynie wynagrodzenia jednostkowego netto, z pominięciem wynagrodzenia jednostkowego brutto, 7) naruszenie art. 439 ust. 2 Pzp w zw. z art. 3531 k.c., poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sposób, który sprawia, że nie będzie ona miała praktycznego zastosowania, a w konsekwencji należy uznać takie zastrzeżenie za przekraczające swobodę kontraktową mającą na celu obejście przepisu art. 439 ust. 2 Pzp. Wskazując na powyższe zarzuty, wnoszono o: 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.4) Opis zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział III Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych poprzez usunięcie zaskarżonego zapisu, 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.5) Kryteria udzielania zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział XIV pkt 1 i 2 poprzez zmianę pozacenowych kryteriów oceny ofert na kryteria nieodnoszące się do właściwości wykonawcy, w tym nakazanie usunięcia kryterium Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny”; ewentualnie – w przypadku uznania, że Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” może stanowić kryterium oceny ofert: nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.5) Kryteria udzielania zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział XIV pkt 1 i 2 poprzez zmianę pozacenowych kryteriów oceny ofert i punktowanie Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” oraz Certyfikatu ISO 9001 jako certyfikatów równoważonych, 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie określenia możliwości jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy odpowiednio z końcem 2022, 2023, 2024, na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, poprzez określenie, że Zamawiający będzie uprawniony do

złożenia skutecznego oświadczenia, pod rygorem obowiązywania umowy przez okres jej kolejnego Etapu, nie później niż na 2 miesiące przed upływem roku kalendarzowego, 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści § 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie przewidzenia po zaistniałych zdarzeniach zmiany również wynagrodzenia jednostkowego brutto, 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, poprzez: a) przewidzenie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia po minimum 5% zmianie cen związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej, b) wprowadzenie warunków, jakie ma spełniać „szczegółowa kalkulacja kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym” lub jej minimalnych elementów lub wzoru takiej kalkulacji, c) usunięcie w § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy warunku: „Każdy kolejny wniosek o zmianę wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia wraz ze szczegółową kalkulacją kosztów wykonania usługi oraz dokumentami potwierdzającymi dane kalkulacyjne, może być złożony po upływie 12 miesięcy od dnia dokonania ostatniej zmiany umowy” oraz wprowadzenie możliwości złożenia kolejnego wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia, po spełnieniu warunków niezbędnych dla dokonania zmiany, niezależnie od tego, jaki czas upłynął od dnia ostatniej zmiany, 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według rachunku, który zostanie przedłożony na posiedzeniu lub rozprawie.

Kryteria oceny ofert odnoszące się do właściwości wykonawcy. Zamawiający określił kryteria oceny ofert w Sekcji II: Przedmiot pkt II.2.4) Opis zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale III Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych SWZ:

1) „Kryteria udzielenia zamówienia

Kryterium jakości – Nazwa: Gwarant czystości i higieny / Waga: 25

Kryterium jakości – Nazwa: Certyfikat ISO 9001 / Waga: 15 Cena – Waga: 60”

2) „1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1, 2 i 3 Zamawiający będzie kierować się następującym kryterium oraz w następujący sposób będzie oceniać oferty:

<i>L.p.</i>	<i>Rodzaj kryterium</i>	<i>Liczba punktów (waga)</i>
	<i>Cena oferty</i>	<i>60</i>

	Gwarant czystości i higieny	25
	Certyfikat ISO 9001	15

2. A - Kryterium cena

W kryterium „Cena” najwyższą liczbę punktów (60) otrzyma oferta zawierająca najniższą cenę brutto, a każda następna odpowiednio zgodnie z n/w wzorem.

Najniższa cena oferty

Liczba punktów = ----- x 60

Cena oferty badanej

Oferty zostaną przeliczone według powyższego wzoru. Uzyskana liczba punktów badanej oferty zostanie pomnożona przez wagę tego kryterium = 60% Wynik będzie traktowany jako wartość punktowa oferty w kryterium cena oferty.

B - Kryterium Gwarant czystości i Higieny

Wykonawca, który złoży wraz z ofertą aktualny Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny wydany przez jednostkę certyfikującą TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. dostanie 25 pkt.

C - certyfikat ISO 9001

Wykonawca, który złoży wraz z ofertą aktualny certyfikat z zakresu zarządzania i realizacji usługi utrzymania czystości, zgodny z wymaganiami normy ISO 9001 dostanie 15 pkt.”

Zamawiający określając pozacenowe kryterium oceny ofert w postaci „Gwarant czystości i higieny” naruszył art. 241 ust. 3 Pzp. Zgodnie z art. 241 ust. 3 Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Z treści tego przepisu wprost wynika zakaz stosowania kryteriów o charakterze podmiotowym, odnoszących się do właściwości wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Kryteria te muszą ograniczać się do jakościowej oceny tego, co oferuje dany wykonawca w prowadzonym postępowaniu.

Określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w postaci „Gwarant czystości i higieny” dotyczy zaś właściwości wykonawcy. Przyznawanie przez Zamawiającego punktów za posiadanie certyfikatów „Gwarant Czystości i Higieny” z zakresu zarządzania i realizacji usługi utrzymania czystości, stanowi w istocie przyznawanie punktów za wiarygodność wykonawcy oraz politykę zarządzania wykonawcy. Wskazany certyfikat potwierdza wyłącznie, że podmiot posiadający taki certyfikat przystąpił do określonego dobrowolnego programu certyfikacji. Warunki, jakie należy spełnić, aby uzyskać określony przez Zamawiającego certyfikat dotyczą ściśle właściwości samego wykonawcy. Jak wynika z Regulaminu Programu Gwarant Czystości i Higieny (dalej jako Regulamin Programu), ocenie przed wydaniem certyfikatu podlegają aspekty związane z przedsiębiorstwem wykonawcy jako takim. Jak wynika z Regulaminu Programu, ocenie podlegają takie aspekty jak: 1) struktura organizacyjna przedsiębiorcy, 2) wiarygodność przedsiębiorcy, 3) nadzór nad dokumentami i zapisami, 4) stosowane technologie, 5) kwestie związane z prawem pracy i organizacją pracy, 6) szkolenia u przedsiębiorcy, 7) kwestie związane z bezpieczeństwem i higieną pracy, 8) sposób podchodzenia do kwestii ochrony środowiska naturalnego, 9) etyczność zawodowa. W ramach struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa oceniany jest sposób zarządzania przedsiębiorstwem, w szczególności sposób określenia zakresu obowiązków pracowników, sposób funkcjonowania kanałów komunikacji na każdym poziomie organizacji oraz wyznaczenie osób odpowiedzialnych. W ramach wiarygodności przedsiębiorstwa oceniany jest między innymi: 1) czy przedsiębiorca nie zalega z uiszczaniem należności na rzecz ZUS i US, 2) czy w okresie ostatnich 12 miesięcy nie doszło do rozwiązania umowy przez klienta w związku z nienależytym wykonaniem usług przed przedsiębiorcą, 3) czy w ciągu ostatnich 12 miesięcy przedsiębiorca nie został, na mocy prawomocnego wyroku sądu, zobowiązany do zapłaty kar umownych wskutek niewykonania umowy lub niewłaściwego wykonania umowy, 4) czy w ciągu ostatnich 12 miesięcy wobec przedsiębiorcy nie toczyło się lub nie zakończyło postępowanie innych organów administracyjnych dotyczących świadczonych usług, 5) czy przedsiębiorca należy do organizacji biznesowych, tj. związków pracodawców, izb gospodarczych, klubów biznesu, stowarzyszeń i innych (w tym do ZPO), 6) czy przedsiębiorca posiada aktualnie ubezpieczenie OC. W ramach oceny w zakresie nadzoru nad dokumentacją i zapisami oceniany jest sposób obiegu dokumentów i uregulowania w tym zakresie w przedsiębiorstwie. W ramach kwestii związanych z prawem pracy ocenie podlegają między innymi: polityka zatrudnienia, zasady ewidencjonowania czasu pracy, zasady wynagradzania pracowników, a także, czy w ciągu ostatnich 12 miesięcy miało miejsce lub negatywnie zakończyło się postępowanie wskutek podejrzenia popełnienia mobbingu lub w sprawie

kontroli legalności zatrudnienia, czy w ciągu ostatnich 12 miesięcy zapadł wobec przedsiębiorcy prawomocny wyrok lub wydana została prawomocna decyzja administracyjna ustalająca istnienie stosunku pracy pomiędzy pracownikiem a przedsiębiorstwem, na korzyść pracownika. W zakresie szkoleń ocenie podlega w szczególności, czy przedsiębiorca kieruje pracowników na szkolenia dotyczące świadczonych usług i czy prowadzi ocenę skuteczności szkoleń. Jak jednoznacznie wynika z powyższego, ocenie w ramach procedury uzyskiwania Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” podlega wiele właściwości wykonawcy, które nie mają bezpośredniego przełożenia na jakość świadczonych usług. Posiadanie wskazanego Certyfikatu potwierdza więc posiadanie przez wykonawcę określonej w programie wiarygodności (posiadanie przez wykonawcę określonych właściwości). Wskazał także należy, że w procedurze uzyskiwania Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” wprost ocenie podlegają aspekty, które stanowić mogą warunki udziału w postępowaniu i przesłanki wykluczenia. W szczególności można tu wskazać na weryfikację posiadania przez przedsiębiorcę ubezpieczenia OC, posiadania przez wykonawcę odpowiednio przeszkolonych pracowników, a także niezalegania z uiszczeniem podatków i innych należności publicznoprawnych. Ponadto, Program Gwarant Czystości i Higieny nie oznacza konieczności świadczenia usług sprzątnania w określonym, zgodny z programem sposób, ani też nie oznacza konieczności przestrzegania w tym zakresie określonych zasad/kodeksu dobrych praktyk. Jak wynika z Regulaminu Programu, celem programu jest co prawda weryfikacja jakości usług świadczonych przez uczestników programu, ale również: 1) propagowanie idei utrzymania czystości i bezpieczeństwa sanitarnego 2) promocja firm branży utrzymania czystości, 3) integrowanie środowiska producentów, dystrybutorów i usługodawców związanych z profesjonalnym utrzymaniem czystości, 4) wspieranie rozwoju firm utrzymania czystości, 5) poprawienie wizerunku firm działających w branży utrzymania czystości, 6) poprawianie pozycji firm ubiegających się o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym, określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w zakresie posiadania Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” nie odnosi się do przedmiotu zamówienia a do właściwości wykonawcy. Zamawiający naruszył więc art. 241 ust. 3 Pzp.

Brak możliwości weryfikacji poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 240 ust. 2 kryteria oceny ofert ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej ofert oraz umożliwią weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Kryterium określone w tym postępowaniu „Gwarant czystości i higieny” nie pozwalają na obiektywną ocenę ofert, ze względu na fakt, że ten certyfikat i Certyfikat ISO 9001 (stanowiący kolejne kryterium oceny ofert) są to

certyfikaty równoważne. Podstawą przyznania „Gwaranta Czystości i Higieny” jest pozytywna ocena systemu zarządzania przedsiębiorstwem wykonawcy zgodną z wymaganiami norm ISO 9001, ISO 14001, PN-N 18001, OHSAS 18001, ISO 27001 (zob. Załącznik 1 do Regulaminu Programu „Gwarant Czystości i Higieny”, pkt II ppkt 1 lit. j.). Natomiast norma ISO 9001 jest międzynarodowym standardem systemu zarządzania jakością, umożliwiającym każdemu przedsiębiorstwu podnoszenie poziomu jakości wytwarzanych wyrobów czy też świadczonych usług, poprzez ciągłe doskonalenie metod i sposobów działania. Norma ta odnosi się do procesów tworzących i nadzorujących produkty oraz usługi dostarczane Klientowi przez organizację. Z powyższego wynika, że oba certyfikaty na podstawie których Zamawiający zamierza dokonać oceny ofert złożonych w postępowaniu są równoważne. Porównując wskazane wyżej certyfikaty „Gwarant Czystości i Higieny” oraz Certyfikat ISO 9001 należy podkreślić, że: 1) w Regulaminie Programu dotyczącym certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” bezpośrednio wskazano na normę ISO 9001 jako potwierdzającą wiarygodność systemu zarządzania (wiarygodność przedsiębiorstwa, które jest oceniana w tym programie). W pkt I ppkt 1 lit. j Regulaminu Programu wskazano, że przedsiębiorca „może potwierdzić wiarygodność swojego systemu zarządzania ważnymi akredytowanymi certyfikatami zgodności systemu zarządzania z wymaganiami norm ISO 9001, ISO 14001, PN-N 18001, OHSAS 18001, ISO 27001”. W związku z tym, wymogi w zakresie struktury organizacyjnej oraz wiarygodności przedsiębiorstwa są identyczne dla posiadaczy certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” i certyfikatu ISO 9001; 2) wymagania określone w pkt III Regulaminu Programu w zakresie nadzoru nad dokumentacją i zapisami, są analogicznego do wymagań normy ISO 9001. W związku z tym, wykonawca posiadający certyfikat ISO spełnia również wymagania określone w Regulaminie Programu dotyczącym certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” w zakresie nadzoru nad dokumentacją i zapisami; 3) wymagania w zakresie zasobów materialnych określone w Regulaminie Programu „Gwarant Czystości i Higieny” to obszar, który podlega również ocenie i audytom w zakresie zgodności z normą ISO 9001 w procedurze przyznawania certyfikatu, 4) określone w Regulaminie Programu dotyczącym certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” wymagania w zakresie szkoleń personelu są analogiczne, a nawet mniej uszczegółowione, do wymagań według normy ISO 9001. Przykładowo zgodnie z normą ISO 9001 przedsiębiorstwo zobligowane jest do cyklicznego szkolenia personelu, sporządzania planów i harmonogramów szkoleń, co wyraża się w formie pisemnej. Zatem certyfikat ISO 9001 daje lepsze gwarancje spełnienia wymogów dotyczących szkolenia personelu. Co więcej w Regulaminie Programu dotyczącym certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” wskazuje się wprost, że do spełnienia warunków otrzymania certyfikatu niezbędne jest zapewnienie

warunków do ciągłego podnoszenia wiedzy i doskonalenia umiejętności personelu poprzez kierowanie personelu „do udziału w specjalistycznych szkoleniach z zakresu zarządzania (np. wg. normy ISO 9001, ISO 14001)” – por. Załącznik nr 1 do Regulaminu Programu „Gwarant Czystości i Higieny” pkt VII ppkt 1 lit. e.; 5) w Regulaminie Programu „Gwarant Czystości i Higieny” przewidziano także wymagania w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy. Zgodnie z Regulaminem, przedsiębiorca działający na rynku zobligowany jest do zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz do wyznaczenia osoby odpowiedzialnej za BHP, prowadzenie szkoleń i ich dokumentowanie. Zauważyć należy, że podlegając kontrolom m.in. Państwowej Inspekcji Pracy nie jest możliwe uchylene się od tego obowiązku, który również może zostać zweryfikowany przez Zamawiającego. Analogiczne wymagania w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy przewiduje również norma ISO 9001. W związku z tym, wykonawca posiadający certyfikat ISO 9001 zapewnia takie same spełnianie wymagań w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy, jak wykonawca posiadający certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny”. Proces certyfikacji w zakresie certyfikatu ISO 9001 obejmuje ocenę nie mniejszego obszaru działalności przedsiębiorcy niż ocena przed wydaniem certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny”. Potwierdza to również zamieszczona na stronie Urzędu Zamówień Publicznych w ramach Forum Praktyk Branżowych opinia Federacji Przedsiębiorców Polskich, Polskiej Izby Gospodarczej i TÜV Rheinland Polska (podmiot certyfikujący „Gwaranta Czystości i Higieny”), w której stwierdzono: „Podstawą przyznania „Gwaranta Czystości i Higieny” jest pozytywna ocena systemu zarządzania przedsiębiorstwem wykonawcy zgodną z wymaganiami norm ISO 9001, ISO 14001, PN-N 18001, OHSAS 18001, SZJ, PN27000 (zob. Załącznik 2 do regulaminu, pkt II. lit. j.)” Oba certyfikaty uzyskiwane są po przeprowadzeniu analogicznej oceny przedsiębiorcy. Określenie przez Zamawiającego jako dwóch różnych kryteriów oceny ofert legitymowania się przez wykonawcę certyfikatem „Gwarant Czystości i Higieny” oraz „Certyfikatem ISO 9001”, a także przyznanie im innych wag punktowych jest całkowicie nieuzasadnione i nie pozwala na wyłonienie w sposób obiektywny wykonawcy przedmiotowego zamówienia.

Żądanie jako przedmiotowych środków dowodowych dokumentów stanowiących podmiotowe środki dowodowe. Aktualny certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” wydany przez jednostkę certyfikującą TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o. stanowi podmiotowy środek dowodowy, a więc środek który zgodnie z definicją służy potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Konieczność kwalifikowania tego rodzaju dokumentów do dokumentów służących badaniu właściwości 12 wykonawcy, wynika z art. 128 ust. 6 Pzp., odsyłającego do rozporządzenia

Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415). Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 12 wyżej wymienionego rozporządzenia, „w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług żądać następujących podmiotowych środków dowodowych [podkr. wł.]: [...] 12) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę określonych norm zarządzania jakością, w tym dostępności dla osób niepełnosprawnych, jeżeli zamawiający odwołuje się do systemów zarządzania jakością opartych na odpowiednich seriach norm europejskich oraz certyfikowanych przez akredytowane jednostki”. Charakter żądanych przez Zamawiającego certyfikatów w ramach kryteriów oceny ofert, odnosi się do właściwości wykonawcy a nie jakości oferowanych świadczeń w ramach przedmiotowej usługi. Certyfikaty mogą być żądane na potwierdzenie pewnych właściwości wykonawców, ale nie jako dokumenty służące ocenie w ramach kryteriów jakościowych. Powyższe potwierdza również zamieszczona na stronie Urzędu Zamówień Publicznych w ramach Forum Praktyk Branżowych opinia Federacji Przedsiębiorców Polskich, Polskiej Izby Gospodarczej i TÜV Rheinland Polska, w której wskazano, że przy konstruowaniu zapisów SWZ (SIWZ), zamiast oświadczeń dotyczących spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, można zastrzec, iż wykonawca może przedłożyć: „*a. ważny certyfikat Gwarant Czystości i Higieny wydany przez jednostkę certyfikującą TUV Rheinland Polska Sp. z o.o., b. inny ważny certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. poz. 542) albo jednostkę posiadającą akredytację zgodnie z przepisami innych państw Unii Europejskiej (Europejskiego Obszaru Gospodarczego), który potwierdza spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w [wymienić postanowienia SIWZ]”.* Zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp, przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Takiego charakteru nie mają przedmiotowy certyfikat. Jak wyjaśnił Urząd Zamówień Publicznych (Tak w komentarzu "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 748.): „*Generalna zasada związku kryteriów z zamówieniem oznacza, że kryteria muszą być*

zasadniczo związane z dostawami, usługami lub robotami budowlanymi, które mają być przedmiotem zamówienia, nie powinny natomiast dotyczyć cech oczekiwanych od wykonawców (w zakresie ekonomicznym, finansowym czy ich zdolności technicznej), gdyż oczekiwania zamawiającego w tym zakresie są weryfikowane w ramach oceny zdolności podmiotowej wykonawców w celu kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu. Musi zatem istnieć związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia bez względu na to, w jakim aspekcie to powiązanie wystąpi oraz bez względu na fazę, w jakiej przedmiot zamówienia będzie się znajdował, tj. bez względu na to, czy kryterium to będzie dotyczyło np. samego zakupu produktu (np. możliwości dostarczenia towarów "od ręki"), jego użytkowania czy też utylizacji tego produktu". Stąd, mając na uwadze powyższą argumentację nie sposób uznać, że aktualny certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” wydany przez jednostkę certyfikującą TUV Rheinland Polska Sp. z o.o., należy kwalifikować jako przedmiotowy środek dowodowy.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 455 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp

W postępowaniach prowadzonych zgodnie z Pzp zasada swobody umów doznaje ograniczeń. Zamawiający bowiem nie może swobodnie wybrać kontrahenta, tylko musi się dostosować do pewnych standardów i z góry narzuconych procedur, warunkujących wybór danej oferty jako najkorzystniejszej. Aby dokonać wyboru obiektywnie najkorzystniejszej oferty zamawiający, zgodnie z art. 133 ust. 1 Pzp, zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia. SWZ musi zawierać minimalnie między innymi projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy. Postanowienia umowy określają warunki, do których ma się dostosować wykonawca składający ofertę. Jest to istotne ze względu na fakt, że strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zmiana umowy może nastąpić w zakresie, w jakim zezwalają na to regulacje przewidziane w Pzp. Zamawiający w § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, zawarł postanowienia przyznające mu jednostronne uprawnienia do ograniczenia czasu trwania umowy, a mianowicie: „3. Przestrzegając przepisów określonych w ustawie o finansach publicznych, umożliwiających w zakresie objętym umową zaciąganie zobowiązań jednostce budżetowej, jedynie na rok budżetowy, do wysokości posiadanego budżetu, rozpoczęcie realizacji umowy i zakres jej realizacji w kolejnym roku (kolejnym etapie) nastąpi pod warunkiem zapewnienia Zamawiającemu przez dysponenta środków budżetowych II stopnia w planie finansowym na następny rok, środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot umowy.

4. W razie nieziszczenia się warunku, o którym wyżej mowa, w tym ograniczenia wysokości

środków w planie finansowym na realizację tych zadań, umowa ulega rozwiązaniu z końcem roku (odpowiednio 2022, 2023, 2024), na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie z tego tytułu poza prawem do wynagrodzenia za wykonaną część umowy.” Przedmiotowe zapisy ograniczają zakres zamówienia. Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia (Tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3233/21). Z powyższego wynika, że możliwe jest ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego jedynie w sytuacji, gdy zamawiający w dokumentach zamówienia określił minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Następuje to w trybie zmiany umowy przewidzianym w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki: 1) określają rodzaj i zakres zmian, 2) określają warunki wprowadzenia zmian, 3) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy. A zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron. Do obowiązków Zamawiającego należało więc zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia w przedmiotowym zamówieniu gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. Zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWZ - formularz cenowy z podziałem na zadania, wykonawcy są obowiązani do wyceny wyszczególnionych usług w przeliczeniu na wskazaną przez okres 4-letniego trwania umowy liczbę miesięcy, z czego większość świadczeń ma być obliczona w przeliczeniu na 36 miesięcy. Natomiast, w projektowanym postanowieniu Zamawiający zastrzegł możliwość ograniczenia zamówienia do okresu jednego roku, dwóch lat lub trzech lat, które to ograniczenie ma następować na

podstawie pisemnego powiadomienia wykonawcy. Z przedmiotowego postanowienia wynika, że Zamawiający może dokonać powiadomienia o rozwiązaniu umowy w dowolnym czasie, nawet 31 grudnia danego roku – wtedy umowa przestałaby obowiązywać w dalszym zakresie od 1 stycznia. Takie postanowienie, daje zamawiającemu niczym nieskrępowaną możliwość ograniczenia zamówienia, przy jednoczesnym braku zabezpieczenia roszczeń wykonawcy. Wszakże świadczenie usług sprzątnia wiąże się z oddelegowaniem określonej liczby pracowników – zawarciem umów o pracę na określony czas, zakupem środków czystości oraz sprzętu, oddelegowaniem maszyn, urządzeń i innych elementów infrastruktury do wykonania zamówienia. Rozwiązanie umowy z dnia na dzień przez Zamawiającego będzie niewątpliwie powodowało po stronie wykonawcy szkodę. Postanowienie takie jest nieuzasadnione - przede wszystkim należy mieć na uwadze, że Zamawiający jest dysponentem środków budżetu państwa. Zgodnie z art. 141 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1634), Rada Ministrów uchwała projekt ustawy budżetowej i wraz z uzasadnieniem przedkłada go Sejmowi w terminie do dnia 30 września roku poprzedzającego rok budżetowy. Ustawa budżetowa przewiduje wydatki związane z działalnością nadzorowaną przez poszczególne Ministerstwa, w tym Ministerstwo Obrony Narodowej. Z powyższego wynika, że Zamawiający jest w stanie określić termin, w którym poweźmie informację dotyczącą środków finansowych na realizację zadania stanowiącego przedmiot umowy. A zatem za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w dowolnym momencie w trakcie realizacji zamówienia, co prowadzi do zachwiania równowagi kontraktowej stron.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 436 pkt 4 lit. b Pzp Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b Pzp, umowa zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia określające w szczególności zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany: 1) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342), - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zasadniczym celem

wprowadzenia powyższej regulacji jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. „Wymienione w art. 142 ust. 5 p.z.p. [aktualnie 436 pkt 4 lit. b Pzp] stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez odpowiednie 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” (3 Stanowisko z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 346/15, które nie utraciło swojej aktualności, mimo, że zostało wydane na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 marca 2015 r., stwierdziła że: „na wstępie zauważyć należy, że przepis art. 142 ust. 5 P.z.p. [aktualnie 436 pkt 4 lit. b Pzp] został wprowadzony w celu przeciwdziałania negatywnym następstwom wzrostu po stronie wykonawców kosztów realizacji zamówień udzielonych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, wynikających ze zmian przepisów prawa w obszarach wyszczególnionych w pkt 1- 3. Zdecydowano bowiem, że w ściśle określonych przypadkach wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie wyższe niż umówione, aby w ten sposób niwelować ryzyko spadku opłacalności (czy też zaistnienia stanu nieopłacalności) realizacji zamówień publicznych. W konsekwencji twierdzenia Zamawiającego o dopuszczalności rozłożenia na strony umowy mogących pojawić się w toku jej wykonywania dodatkowych kosztów związanych z zaistnieniem jednej z objętych dyspozycją komentowanego przepisu sytuacji świadczyć mogły o niezrozumieniu jego ratio legis. Ergo stroną, która z woli ustawodawcy ponosić będzie finansowe konsekwencje zmian legislacyjnych będzie wyłącznie Zamawiający. Użyte w komentowanym przepisie określenie "odpowiednie zmiany wysokości wynagrodzenia" należy bowiem tłumaczyć, jako "adekwatne", czy "wprost proporcjonalne" do zmian wprowadzonych w określonych przepisach prawa. Następnie zauważyć trzeba, że na mocy komentowanego przepisu zamawiający został zobligowany do określenia w umowie zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jednocześnie przyznano mu wyłączne uprawnienie określania treści i poziomu szczegółowości wspomnianych zasad. Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle, żeby w toku realizacji umowy strony nie toczyły sporów

w tym zakresie, bądź dopiero wówczas rzeczywiście ustalały stosowne zasady [podkr. wł.]”

Cena ofertowa, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, zawiera podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Zamawiający w treści SWZ wskazał na konieczność skalkulowania ceny ofertowej według kalkulacji własnej, lecz w oparciu o dane wskazane w SWZ oraz formularzu ofertowym oraz formularzu cenowym z podziałem na zadania. Cena ta obejmuje należny podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie oraz wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu - należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami prawa realizacji usługi, a także wszelkie nakłady osobowe, sprzęt, wyposażenie i prace, które są niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów. Podkreślenia wymaga, że cena ofertowa ma zostać oszacowana w oparciu o wiele elementów cenotwórczych, w tym koszty ponoszone w związku z obowiązkiem zatrudnienia pracowników na umowę o pracę. Wynagrodzenie jest należne Wykonawcy za wykonanie usługi obejmującej sprzątnięcie powierzchni zewnętrznych i wewnętrznych. Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług podstawą opodatkowania, z zastrzeżeniem ust. 2, 3 i 5, art. 30a-30c, art. 32, art. 119 oraz art. 120 ust. 4 i 5, jest wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej, włącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika. Powyższe oznacza, że zwiększenie kosztów w związku ze: 1) zmianą minimalnego wynagrodzenia za pracę, 2) zmianą zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu lub w wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, 3) zmianą zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, 4) zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia, przekładające się na wzrost wynagrodzenia netto Wykonawcy, wpływa także na „waloryzację” należnego podatku VAT. Przyjmując zapisy umowy skonstruowane przez Zamawiającego w § 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, wynagrodzenie nie zostanie zwaloryzowane do pełnego kosztu ponoszonego przez Wykonawcę, gdyż faktura będzie opiewała na kwotę brutto, a więc w zwaloryzowanej stawce będzie się mieścił także podatek VAT, czyli Wykonawca faktycznie otrzyma wynagrodzenie nieadekwatne do wysokości wzrostu kosztów, np. w związku ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia. Zważyć należy,

że wynagrodzenie dotyczy realizacji usługi, a więc mieści w sobie wszystkie koszty niezbędne z jej realizacją, w tym obciążenia publicznoprawne związane z zatrudnianiem pracowników, jak również koszt cen materiałów. Wyżej wymienione koszty ponoszone przez wykonawcę mieszczą się w elementach wynagrodzenia netto usługi, od której naliczany jest podatek VAT - wzrost wynagrodzenia netto Wykonawcy wpływa bezpośrednio na zwiększenie kwoty należnego podatku VAT. Przewidziane we wzorze umowy zapisy dotyczące zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w postaci: „2) Wynagrodzenia jednostkowego netto [podkr. wł.] - w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę; 3) Wynagrodzenia jednostkowego netto [podkr. wł.] - w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniem społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu lub w wysokości składki na ubezpieczenie społeczne bądź zdrowotne, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę, 4) Wynagrodzenia jednostkowego netto [podkr. wł.] – w przypadku zaistnienia lub zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 04.10.2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. 5) Wynagrodzenia jednostkowego netto [podkr. wł.] – w przypadku zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia.”, prowadzą do wniosku, jakoby zmiana wynagrodzenia miała dotyczyć jedynie kwoty netto wykonania zamówienia, natomiast wysokość wynagrodzenia brutto powinna zostać na dotychczasowym poziomie, co jest niezgodne z zasadami fiskalnymi naliczania podatku VAT - wynikałoby z tego, że część wynagrodzenia Wykonawcy jest opodatkowana stawką VAT 0 % lub zwolniona z tego podatku, w sytuacji gdy nie ma podstaw do przyjęcia takiej stawki ani zwolnienia części zwaloryzowanego wynagrodzenia z podatku od towarów i usług. Co istotne, podatek VAT stanowi podatek pośredni, który konstrukcyjnie ma być neutralny ekonomicznie dla podatnika. Wykonawca składając ofertę kalkuluje wysokość ceny, a zatem i przysługującego mu wynagrodzenia, z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku VAT. W tym zakresie podatek stanowi jedynie czynnik cenotwórczy niezależny od woli wykonawcy. Kwota podatku VAT nie ma zatem wpływu na korzyści ekonomiczne osiągnięte przez wykonawcę z tytułu wykonania zamówienia. Z powyższego wynika bezsprzecznie, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy wywołana zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniem społecznym i ubezpieczeniu zdrowotnemu lub w wysokości składki na ubezpieczenie społeczne bądź zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do

pracowniczych planów kapitałowych, zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia, wpływa bezpośrednio na zmianę wynagrodzenia jednostkowego brutto wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zasadny jest więc wniosek o zmianę zapisów wzoru umowy.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 439 ust. 2 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek przewidzenia w umowie, której przedmiotem są usługi, zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. 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. „Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji” (Tak w komentarzu "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", H. Nowak, M. Winiarz (red.), Warszawa 2021, s. 1165.). Zamawiający w § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy przewidział zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia, po minimum 20% zmianie cen w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej, uzależniając rozpoznanie wniosku – i w konsekwencji możliwość wprowadzenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy – od przedstawienia kompletnej, precyzyjnej, rzetelnej „szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym, w tym

koszów poniesionych na zakup materiałów wraz z dokumentami potwierdzającymi dane kalkulacyjne (w tym wzrost cen materiałów)". Ponadto Zamawiający określił możliwość pierwszej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, a każdego kolejnego wniosku dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia dokonania ostatniej zmiany umowy. Po pierwsze, zmiana cen jednostkowych jest uzależniona od przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym. Zamawiający nie określił poziomu „szczegółowości” kalkulacji, ani elementów składowych, jakie mają zostać przedstawione, jednocześnie zastrzegając, że „nieprzekazanie przedmiotowych kalkulacji lub przekazanie kalkulacji niekompletnej, nieprecyzyjnej lub nierzetelnej będzie stanowić podstawę do odmowy uwzględnienia wniosku o zmianę wynagrodzenia umownego z uwagi na brak możliwości realnej weryfikacji wniosku, tj. ustalenia wpływu zmian na koszty realizacji zamówienia”. Powyższy zapis jest nieprecyzyjny i powoduje, że możliwość waloryzacji wynagrodzenia uzależniona jest od przedłożenia bliżej nieskonkretyzowanej kalkulacji, czyli de facto od wolicjonalnej decyzji Zamawiającego i swobodnej oceny przez Zamawiającego, czy przedstawiona kalkulacja jest wystarczająco szczegółowa. Po drugie, zmiana wysokości wynagrodzenia ze względu na zmianę cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia może nastąpić po raz pierwszy po 6 miesiącach świadczenia usług, zaś każda kolejna zmiana dopiero po 12 miesiącach, przy czym zmiana wysokości wynagrodzenia ma obowiązywać od daty złożenia umotywowanego i udokumentowanego wniosku. Powyższy zapis jest niegodny z celem, jakemu ma służyć klauzula waloryzacyjna - dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości, zmniejszające ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Zaistnienie wzrostu cen na wymaganym przez Zamawiającego poziomie powinno samo w sobie aktualizować możliwość złożenia wniosku o waloryzację. Upływ kolejnych 12 miesięcy od dokonania pierwszej waloryzacji może powodować niewspółmierną szkodę po stronie wykonawcy i grozić ryzykiem niewykonania zamówienia. W tym kontekście należy mieć na uwadze szczególną sytuację społeczno - gospodarczą wywołaną wojną w Ukrainie, kryzysem uchodźczym, a także skutkami pandemii COVID-19. Powszechnie wiadomym jest, że skutki pandemii COVID-19 w dalszym ciągu wpływają negatywnie na realizację umów. Pandemia wywołała utrudnienia takie jak zerwanie łańcuchów dostaw towarów, brak materiałów i surowców, a także globalny wzrost cen, co ma bezpośrednie przełożenie na koszt realizacji przedmiotowego zamówienia. Trwająca w Ukrainie wojna istotnie zwiększyła skalę powyższych problemów. W wyniku wojny w Ukrainie nastąpił wzrost cen surowców na rynkach światowych, który w konsekwencji powoduje dalszy wzrost cen materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia na polskim

rynku. Podwyżki cen oraz problemy z płynnością dostaw z Ukrainy, Rosji i Białorusi, przekładają się na ograniczenie dostępności materiałów na rynku, przy jednocześnie niezmiennym popycie. Konsekwencją zachwiania łańcuchów dostaw jest kolejna fala wzrostu cen surowców, takich jak chociażby celuloza, która jest istotnym surowcem w produkcji materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia. Nie bez znaczenia pozostaje także obserwowany wzrost cen paliwa. Konflikt zbrojny na Ukrainie spowodował także gwałtowny wzrost cen paliw, co znajduje bezpośrednie przełożenie na wzrost kosztów transportu, a więc także kosztów zakupu materiałów, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Podkreślić należy, że na wzrost cen materiałów bezpośredni wpływ mają także koszty niezwiązane bezpośrednio z ich wytworzeniem, takie jak transport oraz koszty zatrudnienia pracowników, co również wpływa na wysokość kosztów realizacji zamówienia, ponoszonych przez Wykonawcę. Istotnym jest także rosnąca inflacja. Aktualnie notowany jest rekordowy wzrost inflacji – w czerwcu 2022 r. inflacja w ujęciu rocznym wyniosła 15,5% w stosunku do czerwca 2021 r. (przy wzroście cen towarów – o 16,8% i usług – o 11,5%). W stosunku do poprzedniego miesiąca ceny towarów i usług wzrosły aż o 1,5% (w tym towarów – o 1,7% i usług – o 1,0%). Powyższe powoduje, że wykonawcy nie są w stanie przewidzieć kosztów, jakie będą musieli ponieść związanych z realizacją zamówienia, tym bardziej, że Zamawiający w § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy, zawarł postanowienia przyznające mu jednostronne uprawnienia do ograniczenia czasu trwania umowy. Ograniczenie czasu trwania umowy powoduje, że wykonawcy nie mogą zminimalizować ryzyka wystąpienia wzrostu kosztów materiałów, takich jak np. środki czystości, poprzez zakupienie ilości niezbędnej do zrealizowania usług. Uzależnienie możliwości złożenia kolejnego wniosku o waloryzację wynagrodzenia od upływu 12 miesięcy niewątpliwie jest sprzeczne z charakterem przedmiotowego zamówienia oraz warunkami świadczenia usługi, a nadto powoduje, że waloryzacja nie będzie miała praktycznego zastosowania. Zasadnym jest wniosek o zmianę § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy poprzez wprowadzenie możliwości złożenia kolejnego wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia, po spełnieniu warunków niezbędnych dla dokonania zmiany (w tym po określonym wzroście cen), niezależnie od tego, jaki czas upłynął od dnia ostatniej zmiany. Po trzecie. Zamawiający zastrzegł jako poziom zmiany cen związanych z realizacją zamówienia uprawniający do zmiany wynagrodzenia na poziomie minimum 20 % w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej. Jest to poziom nierealny do osiągnięcia (o czym świadczy np. wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych), a przez to zapisy w zakresie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy są pozorne. 22 Jak wynika z ogłoszonego

przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego komunikatu pn. Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych w czerwcu 2022 r., zanotowano wzrost w porównaniu z analogicznym miesiące poprzedniego roku o 15,5 % ogółem, przy czym koszty prowadzenia gospodarstwa domowego – wzrost o 8,5 % (w tym środków czyszczących i konserwujących – wzrost o 5,6 %), użytkowanie mieszkania lub domu i nośniki energii – wzrost 18,8%. W czerwcu bieżącego roku w porównaniu z poprzednim miesiącem największy wpływ na wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem miały wyższe ceny w zakresie transportu (o 6,6%), mieszkania (o 1,7%), żywności (o 0,7%) oraz rekreacji i kultury (o 1,7%), które podwyższyły wskaźnik odpowiednio o 0,69 p. proc., 0,44 p. proc., 0,17 p. proc. i 0,10 p. proc. Niższe ceny w zakresie odzieży i obuwia (o 1,4%) obniżyły ten wskaźnik o 0,06 p. proc. „(...) niewątpliwie klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10.09.2021 r., sygn. akt: KIO 2355/21). Z powyższego wynika, że osiągnięcie minimalnego pułapu wzrostu kosztów przewidzianego przez Zamawiającego (20%) zostało ustalone na poziomie niemożliwym do osiągnięcia, co powoduje, że klauzula waloryzacyjna ma pozorny charakter. Nawet obecna sytuacja społeczno-gospodarcza nie doprowadziła do tak istotnego wzrostu cen, jak wzrost o 20%.

Zamawiający w dniu 09.08.2022 r. wezwał (platforma zakupowa OPEN NEXUS) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 19.08.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

art. 16 Ustawy — Zamawiający przygotował i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny co przejawia się w zapisach zawartych w dokumentach zamówienia, które dotyczą w równym stopniu wszystkich potencjalnych wykonawców.

Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach.

Zasada równego traktowania wykonawców jest zagwarantowana przez spełnione przez zamawiającego wywiązania się z obowiązków informacyjnych dotyczących zamieszczania dokumentów zamówienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz informacji o decyzjach odnoszących się do postępowania, aby wszyscy zainteresowani wykonawcy mieli jednakową możliwość zapoznania się z tymi informacjami. Zasada równego traktowania wykonawców jest określana w orzecznictwie jako jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych w ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego.

Zasada przejrzystości oznacza, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania, prowadząc odpowiednią dokumentację czynności podejmowanych w związku z postępowaniem. Ponadto zgodnie z tą zasadą zamawiający przekazuje wykonawcom, zgodnie z wymaganiami w tym zakresie określonymi przez Pzp, informacje o podejmowanych w postępowaniu decyzjach. Przejrzystość w odniesieniu do decyzji zamawiającego oznacza, że motyw, którymi kieruje się zamawiający podejmując te decyzje, albo wynikają z zasad określonych w dokumentach postępowania, albo z uzasadnienia przez zamawiającego tych decyzji w dokumentach postępowania i są niezmiennie w toku prowadzonego postępowania. Zasada proporcjonalności oznacza, że wybory dokonywane przez zamawiającego oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

art. 241 ust. 3 - przepisy Ustawy zezwalają na ustalenie kryterium oceny ofert poprzez posiadanie przez wykonawcę określonych certyfikatów związanych z realizacją zamówienia zapewniających realizację świadczenia na najwyższym poziomie. Odwołujący kwestionuje możliwość ustalenia jako kryterium oceny ofert certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny, nie kwestionując jednocześnie certyfikatu ISO 9001, który potwierdza wdrożenie

systemu zarządzania jakością, a oba certyfikaty (w różnym stopniu i zakresie) mają niewątpliwie wpływ na jakość oferowanych usług i ich realizację na najwyższym poziomie. Jak zauważył sam Odwołujący (str. 11 odwołania): „Podstawą przyznania „Gwaranta Czystości i Higieny” jest pozytywna ocena systemu zarządzania przedsiębiorstwem wykonawcy zgodną z wymaganiami norm ISO 9001, ISO 14001, PN-N 18001, OHSAS 18001, SZJ, PN27000 (zob. Załącznik 2 do regulaminu, pkt II. lit. j).” Proces certyfikacji ISO wbrew twierdzeniom Odwołującego zawiera więc mniejszy obszar działalności niż proces certyfikacji Gwarant Czystości i Higieny i nie odnosi się jedynie do właściwości Wykonawcy, ale ma bezpośredni wpływ na jakość świadczonych usług.

Kryterium posiadanie certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny jest kryterium powszechnie stosowanym w procedurach prowadzonych na terenie kraju.

Firma, która otrzymuje Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny poddaje się ocenie niezależnego ośrodka certyfikującego, który dokonuje oceny, na podstawie przeprowadzonego audytu w zakresie weryfikacji jakości świadczonych usług profesjonalnego utrzymania czystości. W audycie ocenie podlega między innymi:

- jakość i niezawodność maszyn i urządzeń, narzędzi, środków chemicznych wykorzystywanych do realizacji usługi,
- nadzór nad swoimi dostawcami materiałów pomocniczych, sprzętu i usług (prowadząc ocenę dostarczanych wyrobów i usług oraz sposób wywiązywania się z warunków umowy),
- wdrożenie nowoczesnych systemów kontroli usług i monitorowania higieny,
- stosowanie urządzeń uwzględniających aspekty ochrony środowiska w szczególności oszczędność energii elektrycznej, wody i ścieków, ograniczające emisję spalin i hałasu,
- stosowanie ekologicznych systemów utrzymania czystości do mechanicznego i manualnego mycia oraz konserwacji posadzek, • prowadzenie udokumentowanych okresowych przeglądów maszyn i urządzeń, zgodnie z zaleceniami producenta,
- szkolenie producenckie pracowników w zakresie: mycia okien i powierzchni szklanych, zabezpieczania posadzek powłokami polimerowymi, czyszczenia i konserwacji dywanów i wykładzin dywanowych, czyszczenia i konserwacji posadzek kamiennych i drewnianych,
- szkolenia pracowników dotyczące stosowania nowoczesnych technologii oraz sprzętów i środków chemicznych na podstawie sporządzonego rocznego planu szkoleń,
- kierowanie pracowników na specjalistyczne szkolenia z dziedziny zarządzania jakością (np. ISO 9001),
- prowadzenie oceny skuteczności szkoleń,
- wyznaczenie osoby w firmie odpowiedzialnej za jakość świadczonych usług.

W podobnej sytuacji KIO w wyroku z dnia 17.01.2020 r. (sygn. akt: KIO 2674/19) uznała, że posiadanie przez wykonawcę certyfikatu ISO 9001 może być kryterium pozacenowym. W ww. postępowaniu Odwołujący zarzucił, że certyfikat ISO 9001 odnosi się do systemu zarządzania jakością przedsiębiorstwa, a nie do jakości usługi. KIO odrzuciło zarzut, że ww. pozacenowe kryterium narusza art. 91 ust 3 poprzednio obowiązującej Ustawy. Zdaniem KIO sposób zorganizowania przedsiębiorstwa oraz jego wydajność może wpływać na lepszą jakość świadczonych usług, zatem kryterium opisane przez zamawiającego nie dotyczy właściwości wykonawcy, ale odnosi się do realizacji przedmiotu zamówienia. KIO powołując się na różne opinie (między innymi Biuro Certyfikacji Systemów Zarządzania, opracowanie wykładowcy Akademii Morskiej w Gdyni itp.) wskazuje, że poprawienie systemu zarządzania w przedsiębiorstwie może wpływać na poprawę jakości świadczonych usług oraz, że skuteczne zarządzanie przedsiębiorstwem przekładać się może na jakość świadczonych usług. Z powyższego wywieść można wniosek, że skoro certyfikat ISO jest pozacenowym kryterium ofert, to certyfikat Gwarant Czystości i Higieny również może być kryterium oceny ofert.

Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 30 grudnia 2021 r. (sygn. KIO 3613/21), gdzie w sposób jednoznaczny jako kryterium oceny ofert przyjęto wykazanie się przez wykonawców zarówno certyfikatem ISO 9001, jak i certyfikatem Gwarant Czystości i Higieny. Ponadto we wskazanym wyżej wyroku stwierdzono, iż: „Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny przedstawiony przez Konsorcjum (...) potwierdza także usługi zarządzania i utrzymania czystości zgodnie z wymogami programu Gwarant Czystości i Higieny. Jest to certyfikat branżowy wydawany przez jednostką TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. w zakresie: "świadczenia usług utrzymania czystości ze specjalnością ogólną" potwierdzający na podstawie audytu spełnienie wymagań programu Gwarant Czystości i Higieny. Z treści certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny wynika potwierdzenie jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości - że wykonawca (...) spełnia wymogi programu Gwarant Czystości i Higieny.

art. 240 ust. 2 Ustawy — zarzut chybiony — Zamawiający opisu kryteriów dokonał w sposób jasny i precyzyjny, który nie pozostawia jakiegokolwiek swobody w wyborze oferty.

W niniejszym postępowaniu zamawiający dokona wyboru oferty wg. następujących kryteriów:

Cena — waga 60 — najwyższą ilość punktów otrzyma oferta z najniższą ceną, pozostałe zostaną przeliczone wg określonego w SWZ wzoru.

Gwarant Czystości i Higieny — waga 25 — przyznawanie punktów „zero-jedynkowo” jest 25 pkt, nie ma 0 pkt.

Certyfikat ISO — waga 15 przyznawanie punktów „zero-jedynkowo” jest 15 pkt, nie ma 0 pkt. Nie można zatem mówić w tym wypadku o jakiegokolwiek dowolności po stronie Zamawiającego. Kryteria zostały jasno sprecyzowane, podobnie jak opis sposobu oceny ofert.

art. 105 -jak już wskazano w pkt 2 certyfikaty jakości odnoszą się do przedmiotu zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający wskazał na stanowisko Przewodniczącego Federacji Przedsiębiorców Polskich — pana M. K. opublikowane na stronie internetowej: www.orawo.pl.samorzad/certvifikat-jakości-jako-kryterium-oceny-ofert-w-przetarqu-na-usługi-sprzątania.233807.html

W ww. stanowisko wskazuje się: „(...) Zamawiający w sektorze sprzątania często nie wiedzą, w jaki sposób konstruować pozacenowe kryteria oceny ofert, tak żeby były one jasne i czytelne dla potencjalnego Wykonawcy oraz żeby jednocześnie zabezpieczały w sposób właściwy interes zamawiającego (...). Przy ustanawianiu jako jednego z warunków wyboru oferty znaków jakości, takich jak np. Gwarant Czystości i Higieny, który jest oceniany przez niezależnego audytora, wybór oferty zyskuje obiektywne kryteria oceny, jest wystandaryzowany i spełnia wymogi równości dla wszystkich oferentów. Takie pozacenowe kryterium znacznie upraszcza ocenę złożonych aspektów oferty i maksymalizuje prawdopodobieństwo wyboru najlepszego wykonawcy, **który zapewni najwyższą jakość usług** oraz dba o stronę społeczną. Tym samym zamawiający może mieć pewność, że środki publiczne zostały wydane w najlepszy możliwy sposób z poszanowaniem praw pracowników. Jednocześnie takie niezależne kryteria oceny ofert są znakomitą wytyczną dla wykonawców, którzy często przez nieprecyzyjne zapisy w SWZ mają problem ze spełnieniem wymagań. Zapisane jako kryterium konkretnej certyfikacji upraszcza procedury i ułatwia wykonawcom spełnienie wymogów. Należy również zaznaczyć, że certyfikacja jakości pozytywnie wpłynie na jakość oferowanych przez wykonawców usług, preferując na rynku tylko najlepszych”. Mając na uwadze powyższe stanowisko, Zamawiający po raz kolejny wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu żądane certyfikaty dotyczą przedmiotu zamówienia, a nie właściwości wykonawcy.

art. 455 ust. 1 w zw. z 433 pkt 4 — Zamawiając nie naruszył żadnego z powołanych art. Ustawy. Określił zarówno rodzaj jak i zakres zmian oraz warunki ich wprowadzenia. Wskazał również minimalny zakres gwarantowany wykonawcy.

art. 436 pkt 4 lit. b — Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił warunki zmian umowy w przypadkach określonych w powołanym przepisie. Zamawiający opisując zmiany cen netto nie użył sformułowania „wyłącznie”, a logicznym jest, że skoro ceną jest wartość

brutto, to zmiana cen netto wymusza na Zamawiającym uwzględnienie w cenie należnego podatku VAT. W projektowanych postanowieniach umowy określono jedynie mechanizm wprowadzania zmian w przypadku ziszczenia się przesłanek do ich wprowadzenia. W pozostałym zaś zakresie zastosowanie mają przepisy powszechnie obowiązujące, które obligują zarówno wykonawcę, jak i zamawiającego do ukształtowania ceny z uwzględnieniem stosownej stawki podatku VAT.

art. 439 ust. 2 w zw. z art. 353¹ k.c. — Zamawiający nie zgadza się z zarzutem pozorności przewidzianej zmiany prowadzącej do ominięcia powołanej normy. Określona procentowo wysokość ma na celu podział ryzyk związanych ze wzrostem kosztów realizacji usługi i zachowanie równowagi ekonomicznej. Proponowany przez Odwołującego poziom na wysokości 5% spowodowałby przeniesienie niemal całego ryzyka wzrostu cen na Zamawiającego, a także potencjalnego ryzyka związanego z celowym zaniżaniem ceny oferty przez wykonawcę. Zbyt liberalna klauzula waloryzacyjna mogłaby prowadzić do tego, że wykonawcy składaliby oferty po zaniżonych cenach, tak by w krótkim czasie od zawarcia umowy (lub jej ostatniej zmiany), po niewielkim wzroście cen materiałów dokonywać prób zwiększenia wysokości wynagrodzenia. Wykonawca jako profesjonalista działający na rynku usług sprzątkania zobowiązany jest do ustalenia ceny oferty w taki sposób aby wynagrodzenie z tytułu realizacji usług nie znajdowało się poniżej rentowności działalności przedsiębiorstwa.

Równocześnie wskazał, iż niniejsze zamówienie jest zamówieniem specyficznym z uwagi na fakt, iż głównym czynnikiem cenotwórczym są koszty pracy. Umowa przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w wypadku wzrostu minimalnego wynagrodzenia. W ocenie Zamawiającego wzrost zaś cen materiałów, nawet bardzo istotny, nie będzie decydował o rentowności kontraktu. Do poszczególnych wskazanych przez Odwołującego „przejawów” rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, Zamawiający odniesie się szczegółowo w ewentualnym piśmie procesowym o charakterze odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie.

W dniu 22.08.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący przesłał pismo procesowe w ramach którego oświadczył, że wycofuje odwołanie w części zarzutu dotyczącego § 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie przewidzenia po zaistniałych zdarzeniach zmiany wynagrodzenia jednostkowego wyłącznie netto, tj. naruszenia art. 436 pkt 4 lit. b Pzp poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany jedynie wynagrodzenia jednostkowego netto, z pominięciem wynagrodzenia jednostkowego brutto.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ, czy też Załącznika nr 3 do SWZ - wzoru umowy sprzątanie z załącznikami, Załącznika nr 6 do SWZ – formularz cenowy z podziałem na zadania.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności w nim wskazane:

1) Regulamin Programu Gwarant Czystości i Higieny wraz z Załącznikiem nr 1 do Regulaminu Programu – zał. nr 5 do odwołania;

2) Opinia Federacji Przedsiębiorców Polskich, Polskiej Izby Gospodarczej i TÜV Rheinland Polska pn. „Gwarant Czystości i Higieny” w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a usługi utrzymania czystości/usługi pralnicze”, dostępna na stronie internetowej:

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/forum-praktyk-branzowych/uslugi-naprawcze-i-konserwacyjne> – zał. nr 6 do odwołania.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Odwołującego:

- zestawienie wyciągu podobnych zapisów waloryzacyjnych u innych Zamawiających (jako załącznik do protokołu rozprawy w dniu 23.08.2022 r.)

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Odwołującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron złożonych ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

Odwołanie wniesiono w następującym zakresie:

- 1) Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.4) Opis zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział III Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych SWZ w zakresie żądania przedmiotowych środków dowodowych w postaci „aktualnego Certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny wydany przez jednostkę certyfikującą TUV Rheinland Polska Sp. z o.o.”,
- 2) Sekcja II: Przedmiot pkt II.2.5) Kryteria udzielania zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział XIV pkt 1 i 2 SWZ w zakresie określenia jako kryterium oceny ofert posiadania Certyfikatu „Gwarant czystości i higieny” – waga 25 % oraz w zakresie opisu sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert „Gwarant czystości i higieny”,
- 3) § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie określenia możliwości jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy odpowiednio z końcem 2022, 2023, 2024, na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy,
- 4) § 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie przewidzenia po zaistniałych zdarzeniach zmiany wynagrodzenia jednostkowego wyłącznie netto,
- 5) § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy w zakresie:
 - a) przewidzenia zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia po minimum 20% zmianie cen związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej,
 - b) uzależnienia rozpoznania wniosku i w konsekwencji zmiany wynagrodzenia wykonawcy od przedstawienia kompletnej, precyzyjnej, rzetelnej „szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym, w tym kosztów poniesionych na zakup materiałów wraz z dokumentami potwierdzającymi dane kalkulacyjne (w tym wzrost cen materiałów)”,
 - c) przewidzenia możliwości kolejnej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia po upływie 12 miesięcy od dnia dokonania ostatniej zmiany umowy.

Zarzucono naruszenie:

- 1) art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz z naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości, przejawiające się w:

a) określeniu kryteriów oceny ofert oraz opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert „Gwarant Czystości i Higieny” w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez:

– określenie jako kryterium oceny ofert aspektów odnoszących się do właściwości wykonawcy,

– określenie, że wykonawcy otrzymają punkty w ramach określonego kryterium oceny oferty wyłącznie w sytuacji przedstawienia konkretnego (wybranego przez Zamawiającego) certyfikatu oraz niedopuszczenie możliwości uzyskania punktów przez wykonawców w przypadku przedłożenia innych, co najmniej równoważnych certyfikatów, – określenie różnych wag dla kryteriów potwierdzających równoważne cechy,

b) uzależnieniu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy od przedłożenia „szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji usługi w każdym kompleksie wojskowym”, bez wskazania poziomu szczegółowości kalkulacji i jej elementów składowych, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że „nieprzekazanie przedmiotowych kalkulacji lub przekazanie kalkulacji niekompletnej, nieprecyzyjnej lub nierzetelnej będzie stanowić podstawę odmowy uwzględnienia wniosku o zmianę wynagrodzenia umownego”;

2) art. 241 ust. 3 Pzp poprzez określenie jakie jednego z kryteriów oceny ofert posiadania Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” – waga 25 %, w sytuacji gdy kryterium to dotyczy właściwości wykonawcy;

3) art. 240 ust. 2 Pzp poprzez określenie kryteriów oceny ofert oraz opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium oceny ofert Certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” w sposób nieumożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia;

4) art. 105 ust. 1 Pzp poprzez żądanie złożenia przez wykonawcę Certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” w celu potwierdzenia zgodności oferowanych usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, w sytuacji gdy wymieniony certyfikat dotyczy właściwości wykonawcy, a więc stanowi podmiotowy środek dowodowy;

5) art. 455 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp poprzez określenie możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego na podstawie pisemnego powiadomienia wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, w zakresie, w jakim postanowienie przyznaje Zamawiającemu nieograniczoną możliwość rozwiązania umowy w dowolnym czasie, przy jednoczesnym ograniczeniu roszczeń wykonawcy jedynie do wynagrodzenia za wykonaną część umowy;

6) art. 436 pkt 4 lit. b Pzp poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany jedynie wynagrodzenia jednostkowego netto, z pominięciem wynagrodzenia jednostkowego brutto,

7) art. 439 ust. 2 Pzp w zw. z art. 3531 k.c., poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sposób, który sprawia, że nie będzie ona miała praktycznego zastosowania, a w konsekwencji należy uznać takie zastrzeżenie za przekraczające swobodę kontraktową mającą na celu obejście przepisu art. 439 ust. 2 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i pisma procesowego Odwołującego.

Jednocześnie należy podkreślić, że Odwołujący wycofał zarzut dotyczący - § 13 ust. 3 pkt 2-5 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia – projektowane postanowienia umowy w zakresie przewidzenia po zaistniałych zdarzeniach zmiany wynagrodzenia jednostkowego wyłącznie netto, tj. naruszenia art. 436 pkt 4 lit. b Pzp poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany jedynie wynagrodzenia jednostkowego netto, z pominięciem wynagrodzenia jednostkowego brutto.

Nadto, na posiedzeniu Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący - § 5 ust. 3 i 4 Załącznika nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia – Projektowane postanowienia umowy w zakresie określenia możliwości jednostronnego rozwiązania przez Zamawiającego umowy odpowiednio z końcem 2022, 2023, 2024, na podstawie pisemnego powiadomienia Wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, tj. naruszenia art. 455 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 4 Pzp poprzez określenie możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego na podstawie pisemnego powiadomienia wykonawcy o braku środków na kontynuację umowy, w zakresie, w jakim postanowienie przyznaje Zamawiającemu nieograniczoną możliwość rozwiązania umowy w dowolnym czasie, przy jednoczesnym ograniczeniu roszczeń wykonawcy jedynie do wynagrodzenia za wykonaną część umowy.

W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie przywołanych wyżej zarzutów.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów dotyczących certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny”, Izba uznała, że niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu. Izba z uwagi na charakter odwołania i budowę tych zarzutów odniesie się do nich wspólnie.

W pierwszej kolejności Izba uznała zasadność argumentacji Zamawiającego z rozprawy, że sporny certyfikat na de facto podwójny charakter i w zależności od roli jaką jemu nadał Zamawiający może pełnić rolę podmiotowego lub przedmiotowego środka dowodowego. Izba także zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, co do art. 105 ust. 1 Pzp, z którego wynika, że certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność może stanowić przedmiotowy środek dowodowy. W konsekwencji fakt, że w § 9 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) zaświadczenie niezależnego podmiotu jest wskazane jako środek podmiotowy nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie. Tym bardziej, że potwierdza podwójną rolę certyfikaty „Gwarant Czystości i Higieny” załącznik nr 6 do odwołania - Opinia Federacji Przedsiębiorców Polskich, Polskiej Izby Gospodarczej i TÜV Rheinland Polska pn. „Gwarant Czystości i Higieny” w specyfikacji istotnych warunków zamówienia a usługi utrzymania czystości/usługi pralnicze”, dostępna na stronie internetowej: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/forum-praktyk-branzowych/uslugi-naprawcze-i-konserwacyjne>. Należy bowiem wskazać, że sporny certyfikat został wskazany pośród tak wykazu oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (jak wskazywał Odwołujący w odwołaniu), ale także nota bene na tej samej stronie przywołanej opinii (str. 8) w wykazie oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Izba w konsekwencji stwierdza, że Zamawiający mógł uczynić z certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” kryterium oceny ofert z uwagi na ten dwoisty charakter tego dokumentu. Niewątpliwie bowiem zawiera w sobie aspekty podmiotowe, jak i przedmiotowe. W rezultacie nadanie przez Zamawiającego w tym postępowaniu temu dokumentowi charakteru przedmiotowego środka dowodowego było dopuszczalne, tym bardziej, że służy ten certyfikat weryfikacji jakości świadczonych usług profesjonalnego utrzymania czystości.

Zamawiający wyraźnie nadał taki charakter w SWZ (str. 5) przedmiotowemu certyfikatowi, wskazał także że należy złożyć go wraz z ofertą, nie podlega on uzupełnianiu w trybie art. 107 ust. 2 Pzp i stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.

Jednocześnie, Izba zgadza się z Zamawiającym, że podstawą przyznania tego certyfikatu jest pozytywna ocena systemu zarządzania przedsiębiorstwem wykonawcy zgodną z wymaganiami m.in. ISO 9001 (str. 1 przywołanej powyżej opinii). Należy także zauważyć, że argumentacja Odwołującego była niespójna, gdyż podważał jedynie certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny”, a nie certyfikat ISO 9001, a dodatkowo wnioskuje w odwołaniu o uznanie go za równoważny, czyli sam uznaje że oba certyfikaty mają charakter przedmiotowy.

Odnosnie kwestii równoważności, Izba wskazuje, że z jednej strony Odwołujący miał prawo domagać się wyraźnego dopuszczenia możliwości składnia certyfikatów równoważnych i ich oceny w ramach kryterium oceny ofert *„Zaznaczyć jednak należy, że sposób oceny zgodności z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia, jest określony przepisem art. 30b PZP z 2004 r. [obecnie art. 105 PZP przyp. A.M.] i nie może być przez Zamawiającego modyfikowany. W świetle art. 30b PZP z 2004 r. [obecnie art. 105 PZP — przyp. A.M]. Zamawiający ma prawo żądać stosownych certyfikatów (ust. 1), musi jednak dopuścić certyfikaty równoważne (ust. 3), a jeżeli wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, zamawiający ma obowiązek poddać ocenie inne środki dowodowe (ust. 4), Natomiast ocena, czy brak możliwości przedstawienia certyfikatu lub raportu z badań jest niezależna od wykonawcy oraz czy wykonawca rzeczywiście udowodnił, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, odbywa się na etapie oceny ofert, kiedy to w zależności od konkretnych okoliczności wykazanych lub niewykazanych przez wykonawcę zamawiający podejmuje decyzję, czy spełnianie wymagań zostało wykazane. Na etapie opracowania SIWZ [obecnie SWZ - przyp. A.M.], przedstawiając wykonawcom sposób oceny spełniania wymagań przez oferowane produkty, Zamawiający nie może natomiast nie uwzględnić dyspozycji art. 30b ust. 4 PZP z 2004 r. [obecnie art. 105 ust. 4 PZP przyp. A.M], stosowna informacja o możliwości przewidzianej tym przepisem powinna znaleźć się w postanowieniach SIWZ [obecnie SWZ - przyp. A.M.]” (wyr. KIO z 20.5.2019 r. KIO 706/19, Regalia) - (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 307)./, z drugiej należy przyznać racje Zamawiającemu, że art. 105 ust. 3 Pzp ma charakter imperatywny, zawierający nakaz, do*

wypełnienia którego nie może się uchylić /analogicznie - art. 105 ust. 4 Pzp: „Brak w treści SIWZ odwołania do art. 30b ust. 4 PZP z 2004 r. [obecnie art. 105 ust. 4 PZP - przyp. AM.] nie oznacza, że zamawiający nie jest obowiązany do jego stosowania. Wskazany przepis jest bowiem przepisem bezwzględnie obowiązującym (imperatywnym), zawierającym nakaz, od wypełnienia którego nie można się uchylić. Zamawiający, do którego przytoczona norma jest skierowana, zobowiązany jest zachować się zgodnie z jej treścią” (wyr. KIO z 10.12.2019 r.. KIO 2389/19, Legalis) - (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 308)./. W konsekwencji Zamawiający nie może uchylić się od oceny równoważności innego certyfikatu względem zaskrzonego kryterium certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” jeśli takowy zostanie złożony, gdyż jest związany art. 105 ust. 3 Pzp.

Przy czym, Izba dostrzega, że skoro podstawą uzyskania certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” jest certyfikat ISO 9001, to ma on szerszy charakter i pełni względem niego rolę pomocniczą i służebną, stąd zasadnie przyjęto u Zamawiającego większą wagę i brak jest możliwości uznania ISO 9001 za równoważny względem certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny”. Przynajmniej Odwołujący tego nie wykazał a dowody Odwołującego uwiarygadniają argumentację Zamawiającego z rozprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zmiany wynagrodzenia § 13 ust. 5 wzoru umowy w przypadku zmiany cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia po minimum 20 % na 5%, Izba uznała, że niniejsze zarzuty za podlegające oddaleniu.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego. Wskazując, że mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu ograniczenie (a nie wyłączenie) ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Z przepisów Pzp w żaden sposób nie wynika, że strona wnioskująca o waloryzację w szczególności Wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy. Przyjęcie proporcji waloryzacji Odwołującego spowodowałoby zachwianie równowagi ekonomicznej stron. To bowiem Zamawiający przejąłby na siebie w pełni ryzyko związane z przedmiotowymi wzrostami.

Odnosnie zarzutu dotyczącego poziomu szczegółowości wniosku o waloryzację, Izba uznała, że niniejsze zarzuty za podlegające oddaleniu.

Niewątpliwie Zamawiający zasadnie wskazywał, że Wykonawca składa w terminie 60 dni od zawarcia umowy szczegółową kalkulację, koszty wykonania usługi w każdym kompleksie wojskowym (kalkulacja wstępna) (§ 13 ust. 8 wzoru umowy), do tej kalkulacji odwołuje się także Zamawiający w przypadku osiągnięcia poziomu 20 % zmian cen związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. („*Poziom zmiany cen materiałów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony do zmiany wynagrodzenia wynosi minimum 20 % w stosunku do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej*”). W konsekwencji zasadnie podnosił Zamawiający, że na zasadzie analogi powinien ją złożyć wraz z wnioskiem. Jeśli więc profesjonalny Wykonawca będzie w stanie złożyć i skalkulować cenę ofertę oraz dostarczyć kalkulację wstępną na każdy kompleks wojskowy to także będzie w stanie dostarczyć taką zwaloryzowaną kalkulację z uwzględnieniem zmian cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Należy więc porównać ceny (kalkulację wstępną) z cenami lub kosztami z chwili wnioskowania o waloryzację. Jest przy tym oczywiste, że strona wnioskująca zobowiązana jest wykazać w jaki sposób zmiana cen materiałów związanych z realizacją zamówienia miała wpływ na koszt realizacji przedmiotu umowy. Jest to konieczne dla uzasadnienia spełnienia przesłanki związku zmiany ceny materiałów związanych z realizacją zamówienia i wpływu na koszt realizacji przedmiotu umowy, w tym wypadku cenę jednostkową za 1m². Istotna jest zależność między zmianami cen materiałów, a kosztami realizacji przedmiotu umowy. Niewątpliwie taki wniosek winien zostać uzasadniony i odpowiednio udokumentowany poprzez faktury, obwieszczenia, komunikaty GUS i wszelkie inne tego rodzaju dokumenty. Izba zgadza się także z Zamawiającym, że z dowodu złożonego na rozprawie przez Odwołującego nie wynika, aby inni Zamawiający narzucali jakikolwiek wzór takiego wniosku, czy sposób składania wniosku o waloryzację (Zestawienie wyciągu podobnych zapisów waloryzacyjnych u innych Zamawiających - jako załącznik do protokołu rozprawy w dniu 23.08.2022 r.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego przewidzenia możliwości kolejnej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia po upływie 12 miesięcy od dnia dokonania ostatniej zmiany umowy, Izba uznała, że niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

Należy wskazać, że obowiązek stosowania klauzuli waloryzacyjnej dotyczy umów zawartych na okres powyżej 12 miesięcy (art. 439 ust. 1 Pzp). Wprowadzenie więc takiego rozwiązania u Zamawiającego ma swoje uzasadnienie w założeniach ustawodawcy w zakresie stosowania mechanizmu waloryzacji. Przy czym, okoliczność, że za pierwszym

razem zmiana może nastąpić po 6 miesiącach, a dopiero następna po 12 miesiącach, nie zmienia stanowiska Izby, gdyż Zamawiający przyjął termin pierwszy korzystniejszy niż w Pzp, zaś drugi taki jak w ustawie Pzp. Należy w związku z tym zaznaczyć, że niejako wobec skrócenia pierwszego, drugi przyjął ustawowy. Odnośnie ryzyka zmiany cen materiałów związanych z realizacją umowy, to takie ryzyko należy odnieść także do ryzyka Zamawiającego. W ocenie Izby, przyjęty we wzorze umowy termin początkowy ustalenia zmian wynagrodzenia w sposób adekwatny niwelują to ryzyko w pierwszym roku obowiązywania umowy. Przyjęcie propozycji Odwołującego (niezależnie od upływu czasu /usunięcie w § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy warunku: *„Każdy kolejny wniosek o zmianę wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia wraz ze szczegółową kalkulacją kosztów wykonania usługi oraz dokumentami potwierdzającymi dane kalkulacyjne, może być złożony po upływie 12 miesięcy od dnia dokonania ostatniej zmiany umowy”* oraz wprowadzenie możliwości złożenia kolejnego wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia, po spełnieniu warunków niezbędnych dla dokonania zmiany, niezależnie od tego, jaki czas upłynął od dnia ostatniej zmiany) skutkuje z kolei tym, że to Zamawiający przejąłby na siebie w pełni ryzyko związane z przedmiotowymi wzrostami cen materiałów związanych z realizacją umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: