

Sygn. akt: KIO 104/23

WYROK
z dnia 26 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 24 stycznia 2023 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2023 roku przez wykonawcę **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie,**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 121 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 134 ust. 2 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 16 i 17 ustawy Pzp dotyczącego zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 436 pkt 4 ppkt b) w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego i nakazuje zamawiającemu wykreślenie ze wzoru umowy §17 ust. 2.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (w części 1/2) oraz zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie** (w części 1/2) i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz zamawiającego oraz kwotę **1 133 zł 90 gr** (słownie: tysiąc sto trzydzieści trzy złote i dziewięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika odwołującego i zamawiającego na rozprawę;

4.2 zasądza od zamawiającego – **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie** na rzecz wykonawcy **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **7 813 zł 95 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset trzysta złotych i dziewięćdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 12 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Impel Facility Services sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu SP ZOZ Szpital Wielospecjalistyczny w Jaworznie (dalej „Zamawiający”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Świadczenie usług kompleksowych w zakresie: prace porządkowo–czystościowe, w tym w strefie białej, zapewnienie transportu wew. oraz pomoc pod nadzorem personelu medycznego w opiece nad pacjentem. (znak postępowania: SZP.III.240/37/22/PN) – w zakresie części 1 i 2.:

- 1) art. 121 ust. 2 Ustawy w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 17 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez nieuzasadnione zastrzeżenie przez Zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, które to zastrzeżenie utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 Ustawy oraz w zw. z art. art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez:
 - a) ustalenie niesymetrycznych uprawnień stron do wypowiedzenia umowy tj. poprzez ustalenie we wzorze umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu rozwiązanie umowy jeżeli oceni, że uzasadniony wzrost wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadkach zmian określonych w art. 436 pkt 4 ppkt. b) ustawy Prawo Zamówień Publicznych, byłby zbyt wysoki dla Zamawiającego;
 - b) wprowadzenie do wzoru umowy postanowień umożliwiających warunkowe zastosowanie art. 436 pkt 4 ppkt b) Ustawy;
- 3) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i art. 44 ust. 1 lit. a) ustawy z dn. 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez: dopuszczenie pierwszej i każdej kolejnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy po upływie 12 - tu miesięcy realizacji umowy, który to termin jest nieadekwatny do aktualnych warunków gospodarczych i

skutkuje utratą ekwiwalentności świadczeń stron; brak wskazania jasnej, konkretnej i wyrażonej w sposób policzalny informacji o maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia;

- 4) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:

1. usunięcia z dokumentów zamówienia zastrzeżenia (rozdz. III pkt 1 ppkt 5) SWZ) że: Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. prac porządkowo- czystościowych na terenie Szpitala.

2. usunięcia z dokumentów zamówienia - w tym w szczególności ze wzorów umowy (§ 17 ust. 2) - zastrzeżenia, że: Strony dopuszczają możliwość rozwiązania umowy za trzymiesięcznym wypowiedzeniem, gdy uzasadniony wzrost wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadkach zmian określonych w art. 436 pkt 4 ppkt. b) ustawy Prawo Zamówień Publicznych, byłby zbyt wysoki dla Zamawiającego.

3. wprowadzenia do umowy racjonalnego terminu pierwszej i każdej kolejnej waloryzacji oraz jednoznacznej informacji o maksymalnej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy tj. np. zastąpienie dotychczasowej treści postanowienia § 9 ust. 4 wzoru umowy postanowieniem o treści: 4. Strony przewidują możliwość wprowadzenia odpowiednich zmian wynagrodzenia (cen) na podstawie art. 455 P.z.p. w związku z art. 439 Pzp, tj.:

- a) zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia (cen) przedmiotu zamówienia, przy czym Strona może ubiegać się o zwiększenie wynagrodzenia (ceny) nie wcześniej niż po upływie 6 (sześć) miesięcy od zawarcia niniejszej umowy; każda kolejna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w niniejszym ustępie, może następować po upływie każdych kolejnych 6 (sześć) miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy lub aneksu;

- b) zmiana wynagrodzenia (cen) wskazanych w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1.2a do SWZ (stanowiącym Zał. nr 4 do nin. umowy) może nastąpić w przypadku wzrostu cen i/lub kosztów wykonania zamówienia przez Wykonawcę przekraczający 5 % pierwotnego kosztu wykonywania usługi;
 - c) inne okoliczności, których wystąpienie było niemożliwe do przewidzenia, a wprowadzenie zmian jest niezbędne do realizacji umowy;
 - d) Strona powołująca się na zmianę kosztów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia (ceny) wynikającego z umowy winna przedłożyć wniosek zawierający zestawienie ilościowo – wartościowe wnioskowanych zmian oraz stosowne dokumenty potwierdzające (wykazujące) wpływ zmian cen materiałów lub kosztów na wykonanie lub dalsze wykonywanie zamówienia;
 - e) maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia (ceny), jaką Strony dopuszczają w efekcie zastosowania zasad opisanych w pkt a)-c), to 20% pierwotnej wysokości wynagrodzenia (ceny), jednakże jednorazowo nie więcej niż wskaźnik zmian cen towarów i usług ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS za ostatni rok kalendarzowy, z tym zastrzeżeniem, że wysokość zmiany wynagrodzenia (ceny) obliczonej z zastosowaniem ustalonego wskaźnika zostanie podzielona między Strony po połowie.
4. ustalenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego o doświadczenie – część 2 w sposób związany z przedmiotem zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz zmianę treści dokumentów zamówienia; zastąpienie dotychczasowej treści warunków określonym w rozdz. VII pkt 2 ppkt 4 SWZ, warunkami np. o treści:

Część 1 – strefa biała:

Zamawiający wymaga aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał/wykonuje kompleksowe usługi- porządkowo – czystościowe mające charakter ciągły, przez okres co najmniej 6 miesięcy, o wartości rocznej minimum 3 300 000,00 zł każde – na rzecz przynajmniej dwóch podmiotów leczniczych prowadzących działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, (w przypadku zamówienia rozliczanego w walutach innych niż polski złoty, wartość należy przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP tej waluty z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu);. Część 2 - strefa szara:

Zamawiający wymaga aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał/wykonuje kompleksowe usługi- porządkowo – czystościowe mające charakter ciągły, przez okres co najmniej 12 miesięcy, o wartości rocznej minimum 800 000,00 zł każde – na rzecz przynajmniej dwóch podmiotów prowadzących działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne (w przypadku zamówienia rozliczanego w walutach innych niż polski złoty, wartość należy przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP tej waluty z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu).

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Świadczenie usług kompleksowych w zakresie: prace porządkowo–czystościowe, w tym w strefie białej, zapewnienie transportu wew. oraz pomoc pod nadzorem personelu medycznego w opiece nad pacjentem.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał:

PODWYKONAWSTWO

Zgodnie z rozdz. III pkt 1 ppkt 5 SWZ: Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. prac porządkowo-czystościowych na terenie Szpitala.

Jednocześnie w rozdz. VII pkt 2 ppkt 4 SWZ SWZ sformułowane zostały następujące warunki udziału w postępowaniu:

Część 1 – strefa biała:

Zamawiający wymaga aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał/wykonuje kompleksowe usługi- porządkowo – czystościowe mające charakter ciągły, przez okres co najmniej 6 miesięcy, o wartości rocznej minimum 700.000,00 zł każde – na rzecz przynajmniej dwóch podmiotów leczniczych prowadzących działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, (w przypadku zamówienia rozliczanego w walutach innych niż polski złoty, wartość należy przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP tej waluty z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu);. Część 2 - strefa szara:

Zamawiający wymaga aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał/wykonuje kompleksowe usługi- porządkowo – czystościowe mające charakter ciągły, przez okres co najmniej 12 miesięcy, o wartości rocznej minimum 100.000,00 zł każde – na rzecz przynajmniej dwóch podmiotów (w przypadku zamówienia rozliczanego w walutach innych niż polski złoty, wartość należy przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP tej waluty z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu).

Wobec powyższej treści SWZ, Odwołujący wskazał, że zastrzeżenie dotyczące zakazu podwykonawstwa narusza Ustawę, gdyż w postępowaniu uniemożliwione zostało posługiwanie się przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 118 Ustawy. Dlatego też ww. zastrzeżenie jest niezgodne z pzp, co - przez analogię - potwierdza m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 lipca 2016 r., Wrocław - miasto na prawach powiatu v. Minister Infrastruktury i Rozwoju, (C-406/14, ECLI:EU:C:2016:562). Zdaniem Odwołującego zakaz podwykonawstwa określony w SWZ dotyczy wszystkich czynności składających się na realizację zamówienia. Tym samym wykonawca de facto jest zmuszony wykonać osobiście i samodzielnie niemal 100% zamówienia a nadto, że względu na ww. zakaz podwykonawstwa zobowiązany jest na potwierdzenie warunku wykazać się wyłącznie własnym doświadczeniem.

Odwołujący podkreślił, że został pozbawiony możliwości skorzystania z instytucji udostępnienia potencjału, o której mowa w art. 118 i nast. ustawy, z uwagi na fakt, że zakres czynności wymaganych do osobistej realizacji przez wykonawcę jest identyczny z treścią zadań wymaganych w obu warunkach udziału w postępowaniu, dotyczącym doświadczenia. Odwołujący wskazał, że ww. zastrzeżenie o zakazie podwykonawstwa powoduje, że skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego jest bezcelowe, gdyż i tak wykonawca, jako podmiot zobowiązany do osobistej realizacji zamówienia, musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący doświadczenia określony w SWZ. Podwykonawca nie może zaś wziąć udziału w realizacji umowy, a tym samym udostępnienie przez niego potencjału, nie wywoła skutku w postaci spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (warunku w zakresie doświadczenia). Wobec powyższego ww. zastrzeżenie jest niezgodne z pzp, co przez analogię, potwierdza m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zaznaczył również, że na skutek ograniczeń ustalonych jednocześnie w ww. warunkach dotyczących doświadczenia i w zakazie podwykonawstwa dochodzi do istotnego i nieuzasadnionego potrzebami Zamawiającego

ograniczenia konkurencji. Z postępowania zostają bowiem wyeliminowani wykonawcy, którzy zamierzają świadczyć usługę przy udziale podwykonawcy. Ograniczenia takiego nie usprawiedliwią potrzeby Zamawiającego określone w opisie przedmiotu zamówienia. Zamówienie to jest bowiem usługą typową dla jednostek służby zdrowia (szpitali) i zwykle realizowaną z udziałem podwykonawców. Odwołujący podniósł, że zakres czynności, występujących w zamówieniu, dopuszczonych do wykonania w ramach podwykonawstwa został całkowicie wyłączony w zakresie dotyczącym rzeczywistej i faktycznej realizacji usługi. Zastrzeżenie jako kluczowych części zamówienia 100% usługi wymaganej w zamówieniu ewidentnie ogranicza konkurencję oraz narusza zasadę powierzania realizacji zamówienia podwykonawcom, jako przedstawicielom MŚP, którzy dzięki tej zasadzie mogą zdobywać doświadczenie. Na poparcie stanowiska Odwołującego przywołał wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2020-01-30, 7ygn.. akt: I GSK 1652/18 w którym Sąd wskazał cyt.: „Ze względu na zasadę uczciwej konkurencji i konieczność otwarcia rynku zamówień dla mniejszych przedsiębiorców nie można pojęciem „kluczowych części zamówienia” obejmować prac wyczerpujących niemal cały przedmiot zamówienia.” Zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, wyłączenie z udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia w przypadku, gdy jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Analiza zakresu usług, co do którego Zamawiający wyłączył możliwość powierzania podwykonawcom w przypadku przedmiotowego postępowania, nie ma uzasadnienia w specyfice tychże usług. Przeciwnie – ze względu na nieskomplikowany charakter czynności, objętych zamówieniem oraz brak unikalnych kwalifikacji/uprawnień, niezbędnych do ich wykonania, powszechną praktyką rynkową jest podwykonawstwo w zakresie czynności, oznaczonych przez Zamawiającego jako kluczowe części zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek osobistego wykonania części zamówienia:

- a) bez uzasadnienia technologicznego,
- b) dla czynności nie stanowiących kluczowej części zamówienia, ale zasadniczą część zamówienia;
- c) niewspółmiernie do swoich potrzeb skutkiem czego spowodował istotne ograniczenie konkurencji.

Zamawiający, zgodnie z Prawem zamówień publicznych, jest uprawniony zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia wyłącznie w przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Przepis art. 121 Pzp stanowi wyjątek od zasad prawa cywilnego, w tym w szczególności przepisów Kodeksu cywilnego i,

jako taki, powinien być stosowany w sposób ścisły. Wyłączenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia musi być umotywowane w szczególności zapewnieniem jakości zamówienia, która – w przypadku powierzenia zadań podwykonawcy – doznałaby istotnego uszczerbku (przy czym nie można w takim wypadku mówić o uchybieniach incydentalnych, związanych z wykonywaniem części zamówienia przez podwykonawcę). Wspomniany przepis jest uprawnieniem Zamawiającego, jednakże jego zastosowanie, z uwagi na to, że jest wyjątkiem od ogólnej zasady, wymaga uzasadnienia. Samo uprawnienie, bez żadnego uzasadnienia zastosowania tego przepisu, nie może bowiem doprowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji. Powyższa regulacja wyraźnie wskazuje, iż zasadą jest obowiązek dopuszczenia możliwości podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Czynności wymienione w rozdz. III pkt 1 ppkt 5 SWZ nie spełniają tego wymogu. Skutkiem zawarcia wymogu ich osobistego wykonania, jest natomiast ograniczenie konkurencji. Odwołujący podniósł, że Zamawiający, zanim dokonał ograniczenia w zakresie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia, powinien dokonać analizy ich zakresu i rzeczywistych potrzeb w tym obszarze, tak, aby zachować równowagę między własnym interesem, a wyrażoną wprost w Prawie zamówień publicznych zasadą konkurencyjności. Odwołujący za Trybunałem Sprawiedliwości wskazuje, że: „W zakresie zamówień publicznych, Trybunał przypomniał, iż w interesie Unii leży otwarcie przetargów na jak najszerszą konkurencję, również jeżeli chodzi o zamówienia nieobjęte zakresem dyrektywy 2004/17 (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2014r., *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, pkt 29; a także z dnia 28 stycznia 2016 r., *CASTA i in.*, C-50/14, EU:C:2016:56, pkt 55). Korzystanie z podwykonawstwa, które może zachęcać małe i średnie przedsiębiorstwa do udziału w rynku zamówień publicznych, przyczynia się do realizacji tego celu”. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 867/19.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisując warunki determinujące możliwość udziału wykonawców w postępowaniu, winien mieć na względzie w szczególności konieczność przestrzegania zasady konkurencyjności i transparentności postępowania. Zamawiający realizując zamówienie publiczne korzysta w tym celu, jako beneficjent, z pieniędzy publicznych. Jest zatem zobowiązany do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji oznacza, iż nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego zamówienia. W tym zakresie Odwołujący wskazuje na stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., sygn. X Ga 67/08 „kształtowanie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu nie może być działaniem dowolnym zamawiającego, a poziom postawionych wymagań musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w

istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Dlatego też każdy dodatkowo, nadmiarowo, postawiony warunek ograniczający konkurencję winien być po pierwsze, niezbędny dla zrealizowania zamówienia, a po drugie, zasadność jego postawienia musi zostać wykazana przez Zamawiającego.”

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

- a) zakres czynności opisanych w pkt rozdz. III pkt 1 ppkt 5 stanowi 100% czynności, które wykonawca zobowiązany jest realizować wykonując zamówienie;
- b) czynności zastrzeżone przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę nie spełniają kryteriów do uznania ich za kluczowe, w rozumieniu definicji zadań kluczowych jakie wypracowało orzecznictwo;
- c) powszechnie wiadomym jest, że na rynku funkcjonują podmioty, które mają odpowiednią wiedzę i doświadczenie oraz potencjał, aby w sposób prawidłowy mogą wykonać jako podwykonawcy czynności ujęte w rozdz. III pkt 1 ppkt 5 SWZ oraz w opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy. Niewątpliwym skutkiem zastrzeżenia osobistego wykonania w rozdz. III pkt 1 ppkt 5. SWZ jest ograniczenie konkurencji;
- d) zastrzeżenie dotyczące zakazu podwykonawstwa narusza Ustawę, gdyż w postępowaniu uniemożliwione zostało posługiwanie się przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 118 Ustawy.

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

WADLIWE POSTANOWIENIA WZORU UMOWY – art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami § 17 ust. 2 wzorów umów: Strony dopuszczają możliwość rozwiązania umowy za trzymiesięcznym wypowiedzeniem, gdy uzasadniony wzrost wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadkach zmian określonych w art.

436 pkt 4 ppkt. b) ustawy Prawo Zamówień Publicznych, byłby zbyt wysoki dla Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że ww. zastrzeżenie jest niezgodne z Ustawą, gdyż skutkuje uwolnieniem Zamawiającego od obowiązku zmiany wynagrodzenia wykonawcy w okolicznościach wymienionych w art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy. Zamawiający na mocy ww. postanowienia jest uprawniony do rozwiązania umowy o ile uzna, że wzrost wynagrodzenia byłby zbyt wysoki. Zamawiający samodzielnie, dowolnie i na podstawie nieznanych kryteriów decyduje o kontynuacji lub nie zamówienia. Na mocy ww. postanowienia umownego Zamawiający władczo rozstrzyga, czy w postępowaniu zastosuje art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy. Zważywszy na fakt, że przepis art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujących to działania mające na celu uchylenie jego stosowania lub znoszące jego działania są niezgodne z prawem na mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że zgodnie z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej niedozwolone jest formułowanie postanowień umownych uprawniających Zamawiających do wypowiedzenia umowy w dowolnym momencie jej trwania. W ocenie KIO zastrzeżenie możliwości wypowiedzenia przez Zamawiającego danego rodzaju umowy z błahego powodu, incydentalnego niewykonania pojedynczego postanowienia umownego, niewykonania świadczenia ubocznego - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę. Zdaniem Odwołującego przywołane powyżej postanowienie umowne pozwalają Zamawiającemu na wypowiedzenia umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę tj. np. w sytuacji, gdy na skutek zmian prawa Zamawiający władczo oceni, że wynagrodzenie wykonawcy jest zbyt wysokie. Tak więc umowa może zostać zakończona przez Zamawiającego po pierwsze na skutek okoliczności niezawinionych przez wykonawcę a po drugie na skutek samodzielnej i dowolnej oceny Zamawiającego. Zamawiający dopiero w toku realizacji umowy, arbitralnie decyduje czy uzna, czy podwyżka wynagrodzenia wykonawcy będzie skutkować wypowiedzeniem umowy, czy też nie. Wykonawca pozostaje więc w niepewności co do terminu realizacji kontraktu. Dodatkowo całość konsekwencji z tytułu przedwczesnego zakończenia umowy obciąża wyłącznie wykonawcę.

Odwołujący podkreślił ponadto, że prawo do wypowiedzenia umowy stanowi wyjątek od zasady trwałości stosunku prawnego, stąd jego zastosowanie nie powinno być uzależnione od okoliczności niezawinionych przez wykonawcę. Okolicznością uzasadniającą

wypowiedzenie umowy nie może być uwolnienie się Zamawiającego od obowiązku zastosowania art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy. Odwołujący zaznaczył także, że w doktrynie podnosi się, iż ważną sferą zastosowania zasad współzycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Z uwagi na powyższe, wskazane postanowienia jako faworyzujące autora umowy, który czyni ze swego prawa użytek sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, naruszają art. 3531 k.c. w zw. z art. 431 i nast. Pzp.

Ponadto, z daleko idącej ostrożności, Odwołujący zawrócił również uwagę, że formułowanie postanowień umownych uwalniających Zamawiającego od obowiązku zastosowania art. 436 ust. 4 lit. b) Ustawy jest niezgodne również celem tegoż przepisu. Odwołujący wskazał, że powodem nowelizacji przepisu art. 142 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych – aktualnie art. 436 pkt 4 lit. b) - było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

Odwołujący zaznaczył, że na temat ww. przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyrok z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem, który zachował aktualność w obowiązującym stanie prawnym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki

podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych. Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenie wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)”.

WADLIWE POSTANOWIENIA WZORU UMOWY - art. 439 Ustawy

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami § 9 ust. 4 wzorów umów, Zamawiający przewidział, że pierwsza i każda kolejna waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić co 12 miesięcy. Odwołujący podniósł, że ww. okres 12 miesięcy nie gwarantuje ekwiwalentności świadczeń stron. Powtarzając za Krajową Izbą Odwoławczą, Odwołujący wskazał, że ustawodawca uznał okres do 12 (obecnie 6) miesięcy za dający możliwość odpowiedniego skalkulowania ryzyka związanego z sytuacją gospodarczą. Skoro umowa zawierana na okres do 12 (obecnie 6) miesięcy nie musi zawierać klauzul waloryzacyjnych, to nie sposób twierdzić, że umowa zawierana na okres dłuższy musi taką waloryzację dopuszczać wcześniej niż po 12 miesiącach. (wyrok KIO z dn. 5 lipca 2022 r. sygn. akt: KIO 1601/22). Skoro więc okres 6-ciu a nie 12-tu miesięcy jest uznawany za ustawodawcę jako okres umożliwiający wykonawcy odpowiednią kalkulację ceny ofertowej to za naruszające Ustawę należy uznać postanowienia umowne blokujące uzyskanie waloryzacji przed upływem roku realizacji umowy, który to roczny okres był uważany za właściwy w poprzednich warunkach gospodarczych.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jest zabezpieczony przed nieuzasadnionym podwyższeniem wynagrodzenia wykonawcy. Waloryzacja na podstawie ww. postanowienia umownego jest bowiem wprost zależna od wzrostu o co najmniej 5% kosztów wykonania zamówienia. Tym samym ziszczenie się terminu nie skutkuje automatyczną aktualizacją wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący zwraca również uwagę, że ww. roczny okres jest nieadekwatny do aktualnych warunków ekonomicznych. Wzrost cen na poziomie 5% w skali roku nie występuje aktualnie na rynku. Ostatni taki wzrost wstępowała przed 2021 r. Powszechnie wiadomym jest, że począwszy od 2021 r. inflacja w Polsce systematycznie rosła i w grudniu 2022 roku wyniosła 16,6% w ujęciu rocznym (dane publikowane przez Główny Urząd Statystyczny (GUS) w szybkim szacunku). W październiku 2022 r. wskaźnik inflacyjny wyniósł 17,9%, a w listopadzie 2022 r. spadł do 17,5%. Wobec powyższego spadek siły nabywczej pieniądza w ujęciu rocznym na podstawie ostatniego kwartału 2022 r. kształtował się na poziomie znacznie

przekraczającym 5%. Wraz ze wzrostem wskaźnika inflacji wzrastały ceny. Wobec powyższego ustalone we wzorze umowy założenie, że waloryzacja powinna następować w okresach rocznych jest oderwana od aktualnych realiów gospodarczych. Na skutek postępującej „drożyzny” widocznej w ww. wskaźniku inflacji, wzajemne świadczenia wykonawcy i Zamawiającego stracą walor ekwiwalentności przed upływem roku. Wykonawcy nie będzie zaś przysługiwało roszczenie nie o zmianę umowy z powodu wystąpienia nadzwyczajnej zmiany.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ww. postanowieniem umownym: maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia (ceny), jaką Strony dopuszczają w efekcie zastosowania zasad opisanych w pkt a)-c), to 20% pierwotnej wysokości wynagrodzenia (ceny), jednakże nie więcej niż wskaźnik zmian cen towarów i usług ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS za ostatni rok kalendarzowy .

Odwołujący wskazał, że na podstawie ww. postanowienia nie wie jaka jest maksymalna dopuszczalna zmiana wysokości jego wynagrodzenia w związku z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w art. 439 Ustawy. W umowie wskazane zostały bowiem dwie wartości tj:

a) 20% pierwotnej wysokości wynagrodzenia (ceny)

ale nie więcej niż

b) 1/2 wskaźnika zmian cen towarów i usług ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS za ostatni rok kalendarzowy.

Biorąc pod uwagę, że umowa zostaje zawarta na trzy (3) lata, to nie sposób na dzień złożenia oferty przewidzieć i obliczyć ile będzie wynosić ww. maksymalna wartość wzrostu wynagrodzenia. W związku z powyższym niemożliwym jest ustalenie jaka jest dopuszczalna wartość zmiany wynagrodzenia i w którym momencie zostanie wyczerpana. Przykładowo, gdyby ww. wskaźnik w ostatnim roku realizacji umowy wyniósł 16% to pytanie, czy wynagrodzenie wykonawcy maksymalnie mogłoby wzrosnąć o 20% czy 8% ceny ofertowej. Ponadto gdyby okazało się, że na podstawie np. pierwszej waloryzacji wynagrodzenie wykonawcy wzrosło o 10% względem ceny ofertowej, to czy po zakończeniu umowy wykonawca zobowiązany byłby zwrócić Zamawiającemu nadwyżkę względem ww. 8%.

Odwołujący podniósł, że ze względu na ww. wątpliwości klauzula w rzeczywistości nie zawiera jasnej, konkretnej i wyrażonej w sposób policzalny informacji o maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Odwołujący wskazał, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wprowadzenie klauzul

waloryzacyjnych w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy (obecnie specustawa zmieniła okres 12 miesięcy na 6 miesięcy), ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może być spowodowane zaistnieniem równych przyczyn, w tym także przyczyn zewnętrznych, które powodują bezwzględną konieczność zmiany wynagrodzenia. Podstawą roszczenia wykonawcy o zmianę wynagrodzenia będzie więc spełnienie przesłanek zawartych we wzorze umowy. Zamawiający jest bowiem do zobowiązany do wprowadzenia do wzoru umowy obligatoryjnych elementów wskazanych w treści art. 439 ustawy Pzp, wśród których istotne znaczenie ma określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w wyniku wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych. Powyższe wynika z tego, że Zamawiający będący podmiotem finansów publicznych działa w oparciu o plany finansowe. Dlatego też tak istotne jest wcześniejsze ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy. To bowiem Zamawiający ustala we wzorze umowy zarówno sposób dokonania waloryzacji wynagrodzenia jak i wartość maksymalnej zmiany wynagrodzenia (wyrok KIO z dn. 08.09.2022 r. sygn.. akt: KIO 2193/22).

WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – DOŚWIADCZENIE

Odwołujący wskazał, że zgodnie z dokumentami postępowania wykonawca zobowiązany jest wykazać, że:

Część 1 – strefa biała:

Zamawiający wymaga aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał/wykonuje kompleksowe usługi- porządkowo – czystościowe mające charakter ciągły, przez okres co najmniej 6 miesięcy, o wartości rocznej minimum 700.000,00 zł każde – na rzecz przynajmniej dwóch podmiotów leczniczych prowadzących działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, (w przypadku zamówienia rozliczanego w walutach innych niż polski złoty, wartość należy przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP tej waluty z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu);.

Część 2 - strefa szara:

Zamawiający wymaga aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał/wykonuje kompleksowe usługi - porządkowo – czystościowe mające charakter ciągły, przez okres co najmniej 12 miesięcy, o wartości rocznej minimum 100.000,00 zł każde – na rzecz przynajmniej dwóch podmiotów (w przypadku zamówienia rozliczanego w walutach innych niż polski złoty, wartość należy przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP tej waluty z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu);

Odwołujący wskazał, że ww. warunki ograniczają dostęp do postępowania podmiotom zawodowo trudniącym się obsługa porządkowo – czystościową w szpitalach lub innych jednostkach służby zdrowia. Efektem realizacji zamówienia w zakresie Części 1 i Części 2 będzie utrzymanie porządku i czystości na wszystkich powierzchniach Szpitala Zamawiającego w jednym czasie. Wykonawca obsługujący część białą i wykonawca obsługujący część szarą w sumie, w tym samym czasie będą utrzymywać w czystości cały obiekt Zamawiającego. Dla prawidłowej realizacji usługi istotne znaczenie ma fakt, że część biała i część szara szpitala nie są od siebie w sposób trwały odseparowane i rozdzielone. Personel zatrudniony w Szpitalu, pacjenci, odwiedzający oraz sprzęt przemieszczają się pomiędzy częścią białą a częścią szarą w związku ze zwykłą działalnością Szpitala. W związku z powyższym zagrożenia występujące w części szarej w sposób naturalny wraz z ww. personelem, pacjentami i sprzętem przemieszczają się do części białej. Stąd też utrzymanie właściwej czystości pod względem epidemiologicznym części szarej ma istotne znaczenie dla zagrożeń przenoszonych do części białej.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający stawiając warunki weryfikujące wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia postawił adekwatne do celu wymogi dla części białej. Natomiast w części szarej usługa może być realizowana przez podmiot nieposiadający doświadczenia w sprzątaniu jakiegokolwiek jednostki służby zdrowia. Ponadto Zamawiający za wystarczające do sprzątania części szarej uważa doświadczenie o miesięcznej wartości rzędu 16.000 zł. brutto miesięcznie – po 8.000,00 zł brutto na jednym kontrakcie. Ze względu na powyższe podczas realizacji zamówienia zdarzyć się może tak, że w części białej usługa będzie realizowana przez podmiot wyspecjalizowany w sprzątaniu szpitali a równocześnie w części szarej usługę będzie wykonywał podmiot specjalizujący się w utrzymaniu porządku i czystości terenów zewnętrznych (zielonych). Biorąc pod uwagę wyżej opisane przenikanie się ww. stref oraz fakt, że część szara – jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia - stanowi 1/3 całkowitej wielkości Szpitala Zamawiającego oczywistym jest, że jakość usługi świadczonej w części szarej będzie bezpośrednio oddziaływała na część białą. Wszelkie zanieczyszczenia z części szarej będą bowiem przenoszone chociażby na butach lub kołach

do części białej. Tym samym ewentualne uchybienia w realizacji w części szarej będą bezpośrednio oddziaływać na stan sanitarno – epidemiologiczny Szpitala w części białej i Szpitala jako całości. Ze względu na wymagane w Szpitalach zabezpieczenie sanitarno – epidemiologiczne zasadnym jest, aby wobec wykonawców były stawione w postępowaniu wymogi umożliwiające ocenę ich zdolności do należytego wykonania zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu wymóg taki nie został w ogóle sformułowany w zakresie części 2. Ponadto wykonawca obsługujący część szarą może posiadać nikle doświadczenie w realizacji usług porządkowo – czystościowych jako takich a usługi te nie muszą być w żaden sposób związane z profilem działalności Zamawiającego. Wobec powyższego warunek w zakresie części 2 nie służy weryfikacji wykonawcy. Warunek ten nie daje bowiem w żadnym aspekcie (ani co do zakresu ani co do wartości) odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca posiada potencjał umożliwiający realizację usługi o wartości odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. Wykonywanie usługi porządkowo – czystościowej w szpitalu o zakresie działalności zbliżonej do Zamawiającego oraz o wielkości odpowiadającej wielkości podanej przez Zamawiającego wynosi średnio 370 000,00 zł.. Wartość ta wielokrotnie przekracza kwotę wymaganą warunkiem w zakresie części nr 2.

Odwołujący wskazał również, że tak postawione warunki udziału w postępowaniu ograniczają dostęp do postępowania podmiotom zawodowo trudniącym się obsługą szpitali, gdyż wymuszają realizację zamówienia na obiekcie obsługiwanym w tożsamym zakresie przez wykonawcę, który nie musi mieć jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usług tego typu. Mając na względzie, że obsługa części białej i części szarej zazębiają się i bezpośrednio na siebie oddziaływają to ww. opis warunku dla części 2 ogranicza dostęp do postępowania wykonawcom specjalizującym się w obsłudze strefy białej. Odwołujący nie może złożyć oferty w postępowaniu, gdyż nieprawidłowe wykonanie usługi w strefie szarej przez drugiego z wykonawców obecnych na obiekcie może skutkować niewłaściwym stanem sanitarnym – epidemiologicznym w strefie białej. Odwołujący ocenia, że ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za uchybienia tego rodzaju jest nadzwyczaj trudne. Mając na względzie, że warunki udziału w postępowaniu nie zapewniają jakiegokolwiek weryfikacji wykonawcy dla części szarej, to ryzyko wystąpienia zakażeń szpitalnych, negatywnych wyników badań mikrobiologicznych, zastrzeżeń kontroli SANEPID oraz ewentualnych roszczeń odszkodowawczych, które będą spowodowane działalnością drugiego z wykonawców obecnych na obiekcie jest zbyt duże, aby wziąć w udział w postępowaniu i złożyć ofertę.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług kompleksowych w zakresie: prace porządkowo–czystościowe, w tym w strefie białej, zapewnienie transportu wew. oraz pomoc pod nadzorem personelu medycznego w opiece nad pacjentem”.

Zamówienie zostało podzielone na dwie części:

Część 1: Strefa biała (medyczna). Kod CPV: 90910000-9 usługi sprzątnia, 90900000-6 usługi w zakresie sprzątnia i odkażania, 85110000-3 usługi szpitalne i podobne.

Część 2: Strefa szara (niemedyczna). Kod CPV: 90910000-9 usługi sprzątnia, 90900000-6 usługi w zakresie sprzątnia i odkażania.

W SWZ Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

Część 1 – strefa biała:

Zamawiający wymaga aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał/wykonuje kompleksowe usługi- porządkowo – czystościowe mające charakter ciągły, przez okres co najmniej 6 miesięcy, o wartości rocznej minimum 700.000,00 zł każde – na rzecz przynajmniej dwóch podmiotów leczniczych prowadzących działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, (w przypadku zamówienia rozliczanego w walutach innych niż polski złoty, wartość należy przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP tej waluty z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu);

Część 2 - strefa szara:

Zamawiający wymaga aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał/wykonuje kompleksowe usługi- porządkowo – czystościowe mające charakter ciągły, przez okres co najmniej 12 miesięcy, o wartości rocznej minimum 100.000,00 zł każde – na rzecz przynajmniej dwóch podmiotów, (w przypadku zamówienia rozliczanego w walutach innych niż polski złoty, wartość należy przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP tej waluty z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu);

W załączniku nr 5.1a oraz 5.1b, Zamawiający przedstawił wykonawcom wzór umowy dla części 1 i 2 zamówienia. W zakresie zaskarżonym przez Odwołującego, Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział następujące postanowienia:

§9 ust. 4 Umowy

4. Strony przewidują możliwość wprowadzenia odpowiednich zmian wynagrodzenia (cen) na podstawie art. 455 P.z.p. w związku z art. 439 Pzp, tj.:

a) zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia (cen) przedmiotu zamówienia, przy czym Strona może ubiegać się o zwiększenie wynagrodzenia (ceny) nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od zawarcia niniejszej umowy; każda kolejna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w niniejszym ustępie, może następować po upływie każdych kolejnych 12 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy lub aneksu;

b) zmiana wynagrodzenia (cen) wskazanych w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1.2a do SWZ (stanowiącym Zał. nr 4 do nin. umowy) może nastąpić w przypadku wzrostu cen i/lub kosztów wykonania zamówienia przez Wykonawcę przekraczający 5 % pierwotnego kosztu wykonywania usługi;

c) inne okoliczności, których wystąpienie było niemożliwe do przewidzenia, a wprowadzenie zmian jest niezbędne do realizacji umowy;

d) Strona powołująca się na zmianę kosztów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia (ceny) wynikającego z umowy winna przedłożyć wniosek zawierający zestawienie ilościowo – wartościowe wnioskowanych zmian oraz stosowne dokumenty potwierdzające (wykazujące) wpływ zmian cen materiałów lub kosztów na wykonanie lub dalsze wykonywanie zamówienia;

e) maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia (ceny), jaką Strony dopuszczają w efekcie zastosowania zasad opisanych w pkt a)-c), to 20% pierwotnej wysokości wynagrodzenia (ceny), jednakże nie więcej niż wskaźnik zmian cen towarów i usług ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS za ostatni rok kalendarzowy, z tym zastrzeżeniem, że wysokość zmiany wynagrodzenia (ceny) obliczonej z zastosowaniem ustalonego wskaźnika zostanie podzielona między Strony po połowie.

§ 17

1) Umowa niniejsza została zawarta na czas oznaczony tj. na okres odr. dor.

- 2) Strony dopuszczają możliwość rozwiązania umowy za trzymiesięcznym wypowiedzeniem, gdy uzasadniony wzrost wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadkach zmian określonych w art. 436 pkt 4 ppkt. b) ustawy Prawo Zamówień Publicznych, byłby zbyt wysoki dla Zamawiającego.

Izba zważyła co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. art. 121 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 134 ust. 2 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 16 i 17 ustawy Pzp dotyczącego zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Zamawiający w tym zakresie uwzględnił zarzut podniesiony przez Odwołującego.

Zdaniem Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 436 pkt 4 ppkt b) w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego w zakresie dotyczący §17 ust. 2 wzoru umowy. Pozostałe zarzuty Izba uznała za niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 436 pkt 4 ppkt b) w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego w zakresie dotyczącym §17 ust. 2 wzoru

W ocenie Izby zarzut jest zasadny. Zgodnie z art. 436 pkt 4 ppkt b) ustawy Pzp, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zamawiający jest zobowiązany zawrzeć w umowie postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany: (i) stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, (ii) 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, (iii) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, (iv) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079), jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Ponadto, zgodnie z art. 434 ust. 1 ustawy Pzp, umowy zawiera się na czas oznaczony.

Izba wskazuje, że cechą stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umów zawieranych w reżimie prawa zamówień publicznych jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa Pzp nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron.

Ustawodawca dał wyraz zasadzie trwałości i ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o udzielenie zamówienia publicznego poprzez określenie w Rozdziale 4 ustawy sytuacji uzasadniających odstąpienie do realizacji umowy oraz jej unieważnienie. Przyznanie podmiotom publicznym możliwość dowolnego rozwiązywania umów, w oparciu o nieweryfikowalnie obiektywne i dowolne przesłanki stoi w sprzeczności z interesem publicznym oraz zasadą racjonalnego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Celem bowiem postępowania o zamówienie publiczne jest wybór oferty najkorzystniejszej w perspektywie całego okresu jej obowiązywania i realizacja na podstawie takiej umowy określonych potrzeb publicznych. Zamawiający nie może wprowadzać do wzoru umowy postanowień, które *de facto* powodują, że wybór oferty i zawarcie umowy ma charakter „tymczasowy”, lub „warunkowy”, z uwagi na to, że podmiot publiczny zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy na podstawie dowolnej, niedającej się jednoznacznie i obiektywnie zweryfikować przesłanki, zastosowanie której jest wyłącznie zależne woli zamawiającego co do kontynuacji finansowania zamówienia. Izba podkreśla, że zasada ciągłości stosunku zobowiązaniowego wynikająca z umów o udzielenie zamówienia publicznego leży u podstaw kalkulacji kosztów realizacji zamówienia przez wykonawców, jak również stanowi istotny element strategii rozwoju działalności gospodarczej wykonawców. Rozwój zaś gospodarczy podmiotów prywatnych poprzez udział w rynku zamówień publicznych, pewność relacji handlowych z partnerami publicznymi stanowi istotny i niezwykle ważny czynnik w rozwoju gospodarczego kraju. Gdyby zatem dopuścić możliwość rozwiązywania umów przez podmioty publiczne w oparciu o nieskonkretyzowane przesłanki, niemające oparcia w przepisach ustawy Pzp, niewątpliwie takie działania stanowiłyby istotne zagrożenia dla stabilności relacji gospodarczych z podmiotami publicznymi, a tym samym stałyby w sprzeczności z dążeniem do budowania silnego, przewidywalnego i konkurencyjnego rynku zamówień publicznych.

Zdaniem Izby obowiązkiem Zamawiającego jest określenie czasu trwania umowy, czasu adekwatnego do przyjętych przez siebie w planach finansowych możliwości ekonomicznych i środków finansowych, które przeznaczy na realizację zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający zdecydował, że przedmiotowe zamówienia ma być realizowana przez okres 36 miesięcy. Skoro tak, to odpowiednio do tego okresu powinien był zabezpieczyć środki finansowe, z uwzględnieniem zmian wysokości wynagrodzenia wynikających ze wzoru umowy. Należy zauważyć, że Zamawiający z jednej strony wymaga od wykonawców oszacowania w kosztach realizacji zamówienia ryzyk związanych ze zmianą sytuacji gospodarczej, inflacją, kosztami zatrudnienia, wymaga najwyższego stopnia profesjonalizmu, przy jednoczesnym ukształtowaniu postanowień umownych w taki sposób, że ryzyko ewentualnych zmian wysokości wynagrodzenia wynikających z waloryzacji

określonej w art. 436 pkt 4 ppkt b) ustawy Pzp przerzuca na wykonawcę poprzez zagwarantowanie sobie prawa do zakończenia relacji umownych w przypadku subiektywnego uznania, że wzrost jest zbyt wysoki. Takie działanie stanowi naruszenie art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zdaniem Izby zaproponowany przez Zamawiającego sposób ukształtowania stosunku prawnego pomiędzy stronami umowy o udzielenie zamówienia publicznego sprzeciwia się właściwości i naturze stosunku zobowiązaniowego, jaki wynika z przepisów ustawy Pzp. Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałości zobowiązania i jego wykonanie w okresie obowiązywania umowy. Zakończenia takiej relacji zobowiązaniowej ustawodawca ogranicza do sytuacji określonych przepisami ustawy. Nie ma w tym zakresie dowolności Zamawiającego. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 456 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu. Ustawodawca przewidział więc możliwość zakończenia relacji kontraktowych z wykonawcą, z czego Zamawiający będzie mógł skorzystać, jeśli rzeczywiście zajdą okoliczności uzasadniające zastosowanie w/w przepisu. Przyznanie zaś sobie prawa do swobodnej oceny czy dany wzrost kosztów jest zbyt wysoki czy nie skutkuje tym, że Zamawiający może dowolnie kształtować relacją z wykonawcą, rozwiązać ją nawet w oparciu o minimalny wzrost kosztów. Zdaniem Izby takie działanie Zamawiającego nie może być dopuszczalne w świetle zasady trwałości umów o udzielenie zamówienia publicznego i przepisów ustawy Pzp limitujących okoliczności uzasadniające odstąpienie od umowy, zmianę umowę czy jej unieważnienie.

Mając na uwadze powyższe, Izba uwzględniła zarzut Odwołującego i nakazała Zamawiającemu wykreślenia ze wzoru umowy postanowienia zawartego w §17 ust. 2.

Zarzut naruszenia art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i art. 44 ust. 1 lit. a) ustawy z dn. 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy – waloryzacja wynagrodzenia

Izba uznała zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące 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.

Odwołujący argumentował, że zasady waloryzacji określone przez Zamawiającego w §9 ust. 4 wzoru umowy są niezgodnie z art. 439 ustawy Pzp, gdyż po pierwsze przyjęty okres waloryzacji tj. 12 miesięcy jest nieadekwatny to warunków realizacji zamówienia, podkreślając w tym zakresie wzrastającą inflację; po drugie, przyjęty wskaźnik wynagrodzenia jest nieprecyzyjny i niejasny co do dopuszczalnej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Izba w pełni zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Należy podkreślić, że z treści art. 439 ustawy Pzp wynikają następujące zasady określenia waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy: umowa musi określać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia oraz termin początkowy ustalenia zmiany wynagrodzenia, sposób ustalenia zmiany i sposób określenia wpływu zmiany kosztów na realizację zamówienia. Zamawiający spełniał wszystkie wymagania określone w art. 439 ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik do obliczenia maksymalnej kwoty zmiany wynagrodzenia jest niejasny, gdyż wykonawca nie wie jaka jest maksymalna dopuszczalna kwota zmiany wynagrodzenia oraz czy obowiązuje ona w każdym roku umowy czy dotyczy całego okresu obowiązywania umowy. Odwołujący ma zatem wątpliwości związane z interpretacją

postanowień umownych, wskazując pośrednio, że są one niejasne dla wykonawcy. Należy w tym zakresie wskazać, że ustawodawca zobowiązuje podmioty publiczne do określenia we wzorze umowy maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia. Izba stoi na stanowisku, że wskazanie mechanizmu obliczenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, które polega na ustaleniu takiej kwoty poprzez dokonanie wyłącznie arytmetycznych działań w momencie dostępności danych, spełnia wymagania ustawowe. Maksymalna kwota wzrostu wynagrodzenia będzie zależna od wskaźnika zmian ceny towarów i usług ogłoszonego w komunikacie Prezesa GUS za ostatni rok kalendarzowy. Zamawiający wskazał zatem w treści umowy podstawy do definitywnego określenia wysokości zmiany wynagrodzenia. Maksymalna zaś wartość zmiany wynagrodzenia nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia wykonawcy. Jeśli zatem wskaźnik GUS będzie na poziomie niższym, to waloryzacja zostanie dokonana za poziomie określonym we wskaźniku GUS, podzielonym między strony po połowie. Zdaniem Izby, powyższy poziom waloryzacji dotyczy całego okresu obowiązywania umowy. Odwołujący chciałaby jak się wydaje, aby Zamawiający wskazał w umowie poziomy waloryzacji na poszczególne lata realizacji zamówienia, określając ich procentowy maksymalny próg, poprzez wskazanie jednej wartości procentowej. Taki obowiązek Zamawiającego nie wynika z przepisów ustawy. Zamawiający podał maksymalną, dopuszczalną kwotę wzrostu wynagrodzenia. Oczywiście na moment składania oferty ani wykonawca ani Zamawiający nie mają wiedzy czy wzrost kosztów realizacji zamówienia nastąpi, a jeśli tak, to jaka będzie skala takiego wzrostu i czy przewidziana kwota zwiększenia wynagrodzenia pokryje rzeczywiste koszty jego realizacji. Izba podkreśla jednakże, że możliwość waloryzacji wynagrodzenia to jedno z narzędzi służących realizacji zasady sprawiedliwości i słuszności kontraktowej pomiędzy stronami umowy. W analizowanym stanie faktyczny, Zamawiający określił dopuszczalny maksymalny poziom zmiany wynagrodzenia, rozkładając ryzyko kontraktowe na obie strony umowy. Zdaniem Izby nie można w tym zakresie stwierdzić naruszenia przepisów prawa. Obowiązkiem wykonawcy jest uwzględnienie w kosztach realizacji zamówienia dodatkowych kosztów związanych z inflacją, wzrostem kosztów pracy i innych, jeśli uważa, opierając się na własnym doświadczeniu, że istnieje ryzyko ich wystąpienia. Waloryzacja wynagrodzenia wynikająca z art. 439 ustawy Pzp nie stanowi swoistego ubezpieczenia dla wykonawcy od ryzyka kontraktowego i nie zwalnia wykonawcy z obowiązku rzetelnej wyceny przewidywanych kosztów realizacji zamówienia.

Izba podkreśla ponadto, że z uzasadnienia zarzutu Odwołującego nie wynika w zasadzie w czym Odwołujący upatruje naruszenia przepisów prawa. Odwołujący kilkakrotnie podkreśla, że przyjęty przez Zamawiającego mechanizm nie daje wiedzy co do maksymalnej kwoty zmiany wynagrodzenia, przy czym Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił swoich

twierdzeń. Oczywiście jest, jak Izba wskazała powyżej, że na obecnym etapie Zamawiający nie jest w stanie podać konkretnej kwoty dopuszczalnej zmiany wynagrodzenia, bowiem ani wykonawca ani Zamawiający nie wie jaki będzie wskaźnik zmiany cen towarów i usług. Jednakże mechanizm wprowadzony przez Zamawiającemu umożliwia obliczenie takiej kwoty w momencie, kiedy dane takie będą dostępne, przy czym Zamawiający zastrzega, że zmiana wynagrodzenia nie może przekroczyć 20% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego przyjętego przez Zamawiającego czasookresu waloryzacji, Izba uznała zarzut za niezasadny. Należy podkreślić, że przepisy ustawy Pzp zobowiązują Zamawiającego do określenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia. Zamawiający w analizowanym stanie faktycznym uczynił zadość temu obowiązkowi. Z żadnego przepisu ustawy nie wynika, jak chciałaby Odwołujący, że waloryzacja powinna się odbywać co 6 miesięcy. Zdaniem Izby, istota zarzutu i żądania Odwołującego zmierza do odmiennego rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy. Przy czym Odwołujący powołuje się w sposób ogólne na zmiany jakich wszyscy przedsiębiorcy na rynku doświadczają na przestrzeni ostatnich kilku miesięcy. Odwołujący jednakże w żaden sposób nie wykazał, że nie ma możliwości oszacowania w kosztach realizacji zamówienia ryzyk gospodarczych na jakie się powołuje. Ogólna argumentacja o rosnącej inflacji nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania zasadności zarzutu. Podkreślenia również w kontekście omawianego zarzutu wymaga, że znaczącą część wynagrodzenia z tytułu wykonywanych w ramach zamówienia usług stanowią wynagrodzenia pracowników, które są waloryzowane w oparciu o art. 436 ust. 4 pkt b, co stanowi narzędzie służące minimalizacji ryzyka nieprzewidzianego przez wykonawcę wzrostu kosztów ponoszonych z tytułu wzrostu kwoty najniższego wynagrodzenia za prace lub stawki godzinowej.

Ponadto, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o nadzwyczaj dużym ryzyku gospodarczym obecnie zawieranych umów, wskazać należy, że wprowadzenie do umowy postanowień zgodnych z art. 439 ust. 2 ustawy Pzp ma właśnie za zadanie niwelowanie takiego ryzyka. Ponadto przepisy kodeksu cywilnego, w tym art. 357¹, dotyczy nadzwyczajnej zmiany sytuacji gospodarczej i możliwości ewentualnej dodatkowej zmiany wysokości wynagrodzenia.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 431 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, że przepis ten dotyczy sposobu wykonywania praw i obowiązków stron umowy na etapie realizacji umowy, tj. obowiązku takiego zachowywania się, aby nie utrudniać drugiej stronie spełniania i przyjmowania świadczeń. Nie sposób uznać, że Zamawiający, opisując w projektowanych postanowieniach umowy zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (i

czyniąc to w zgodzie z przepisami ustawy określającymi obowiązki z tym związane) naruszył zasadę współdziałania, o której mowa w art. 431 ustawy Pzp.

Izba podkreśla, że odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Podniesione przez Odwołującego zarzuty nie zmerząją - zdaniem Izby - do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy dotyczącym waloryzacji wynagrodzenia treści korzystniejszej dla wykonawcy. Odwołujący przedstawił w tym zakresie pewne, subiektywne wątpliwości interpretacyjne odnośnie postanowień umownych oraz dążenie do innego ukształtowania relacji kontraktowych z Zamawiającym. Odwołujący jednakże nie wykazał naruszenia przepisów prawa w tym zakresie.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego z pisma procesowego i twierdzenia, że z uwagi na fakt, że zawarta we wzorze umowy klauzula obarcza wykonawcę nadmiernym ryzykiem samodzielnego finansowania zmienionych kosztów wykonania zamówienia, a tym samym, oczywistym jest, że Zamawiający otrzyma oferty, których cena będzie znacznie przekraczała rzeczywistą wartość usługi ze względu na wycenę ww. ryzyk, Izba uznała argument za niezasadny. Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał do jakich konkretnie ryzyk kontraktowych odwołuje się. Ogólne retoryka wykonawcy o zmiennej i niepewnej sytuacji gospodarczej nie stanowi, zdaniem Izby, zasadnej podstawy do uwzględnienia zarzutu. Ponadto, jak Izba wskazała, wykonanie przedmiotu zamówienia w zasadniczej części wymaga po prostu zaangażowania pracowników do wykonania usług porządkowych. Koszt pracy ludzkiej, w tym wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę jest częściowo minimalizowany poprzez art. 436 pkt 4 b) ustawy Pzp. Odwołujący, jako doświadczony wykonawcy, ma możliwości oszacowania i uwzględnienia w kosztach umowy dodatkowych ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Jeśli wykonawca nie jest w stanie wycenić pewnych ryzyk gospodarczych z uwagi na określone uwarunkowania związane z realizacją zamówienia, to takie okoliczności powinien wykazać Izbie. Odwołujący tego nie uczynił.

Odnosząc się do argumentacji dotyczącej nieekwiwalentność świadczeń, Izba uznała argument za niezadany. Po pierwsze, wartość świadczeń nie jest jeszcze znana.

Wykonawca bowiem nie złożył oferty i ani Izba ani Zamawiający nie ma wiedzy co do wartości świadczenia wykonawcy. Po drugie, hipotetyczną nieekwiwalentność świadczeń, jaka mogłaby powstać z uwagi za kwestionowane postanowienia wzoru umowy Odwołujący winien wykazać. Tymczasem, w analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący poza przywołaniem orzecznictwa w zakresie nieekwiwalentności świadczeń, odwołuje się ogólne do nierównomiernego rozłożenia ryzyka kontraktowego, bez analizy konkretnych ryzyk jakich wykonawca nie może wycenić w kosztach realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Zgodnie z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z ust. 2 pkt 3 przywołanego przepisu, warunków udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Ponadto, zgodnie z art. 57 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; oraz 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego

Izba wskazuje, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca uprawnia zamawiających do określenia takich warunków jako narzędzie służące do weryfikacji rzetelności wykonawców. Naczelną zasadą jaką zamawiający winien kierować się określając warunki udziału w postępowaniu jest zasada proporcjonalności. Zasada ta oznacza zobowiązanie do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych. Przy czym, wykonawca kwestionujący dany warunek udziału w postępowaniu winien wykazać w jaki sposób zasada proporcjonalności jest naruszona, w jaki sposób dane wymaganie zamawiającego jest nadmierne w stosunku do zakładanego celu. W tym kontekście kluczowe jest ustalenie celu jaki zamawiający zamierza osiągnąć poprzez wprowadzenie określonego warunku udziału w postępowaniu.

Nie ulega wątpliwości, że w interesie zamawiającego leży, by jego zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu prac o takim samym lub podobnym charakterze co przedmiot zamówienia. Takie bowiem doświadczenie minimalizuje ryzyko nieprawidłowego wykonania zamówienia. To uprawnienie zamawiającego podlega weryfikacji względem reguł wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp i ustaleniu czy zamawiający zachował niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu. Ocena zaś powyższych reguł odbywa się w realiach konkretnego postępowania przetargowego, przedmiotu zamówienia i celu jaki Zamawiający zamierza osiągnąć wprowadzając określony warunek udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła zarzut Odwołującego. Odwołujący domaga się zaostrenia warunku udziału w postępowaniu w celu - jak się wydaje - zagwarantowania prawidłowego wykonania zamówienia. Takie działanie wykonawcy Izba uznaje za niezasadne i stanowiące przejaw ingerencji wykonawcy w zakres uprawnień przysługujących Zamawiającemu. Jak Izba wskazała powyżej, zamawiający będąc dysponentem środków publicznych jest zobowiązany z jednej strony dokonywać dyspozycji takich środków w poszanowaniu zasad wynikających z ustawy Pzp, w tym m.in. zasady otwartej konkurencji, z drugiej zaś strony musi dążyć do wyboru wykonawcy minimalizującego ryzyko nieprawidłowego wykonania zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, nie naruszając żadnych przepisów ustawy. Zdaniem Izby zarzut i żądanie Odwołującego zmierza *de facto* do ograniczenia konkurencji i niedopuszczenia do udziału w postępowaniu większej liczby podmiotów poprzez wprowadzenie bardziej rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu. Izba nie widzi podstaw prawnych do nakazania Zamawiającego podjęcia takich czynności. Skoro ustawa nie nakłada na zamawiających obowiązku określania warunków udziału w postępowaniu, to tym bardziej nie ma podstaw, aby nakazać Zamawiającemu zaostrenie warunków udziału w postępowaniu. Argumentacja Odwołującego o rzekomych trudnościach w realizacji zamówienia z uwagi na dwie części szpitala, które są ze sobą wzajemnie powiązane i tym samym konieczności wyboru wykonawcy posiadającego „większe” doświadczenia w usługach porządkowo w zakresie części 2 zamówienia jest wyłącznie subiektywną oceną zakresu usług i sposobu ich wykonania przez Odwołującego. Zdaniem Izby, Zamawiający dokonał w SWZ rozgraniczenia poszczególnych stref, i precyzyjnie opisał zakres wykonywanych czynności. Odwołujący w tym zakresie nie podniósł żadnych zarzutów w zakresie niejasności podziału czy zakresu

obowiązków. Jak wyjaśnił Zamawiający, oczekuje on od wykonawcy prawidłowego wykonywania usług objętych postępowaniem, w związku z czym szczegółowo sprecyzował powierzchownie, rodzaje wykonywanych usług, ich częstotliwości i to Zamawiający poprzez opis tychże elementów zadbał o to, aby Szpital pozostawał bezpieczny pod względem sanitarnym i higienicznym. Jeśli wykonawca, w zakresie powierzonej mu do wykonywania usługi w zarówno w strefie szarej, czy białej, będzie wykonywał swoje czynności w sposób rzetelny, profesjonalny, zgodny z wytycznymi zawartymi przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia i w zatwierdzonym planie higieny, nie może się obawiać zarzucenia mu uchybień, za które nie będzie odpowiadał. Zamawiający na bieżąco dokonuje kontroli wykonywanych usług, zarówno w strefie szarej, jak i białej.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Odwołujący *de facto* dąży do ograniczenia konkurencji w celu zwieszenia swoich szans na uzyskanie zamówienia. Takie działanie nie stanowi podstawy do uwzględnienia zarzutu.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy Pzp., czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba – co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego zarzutu (tj. zarzutu dotyczącego postanowień umownych) i niezasadne w zakresie jednego zarzutu (tj. zarzutu dotyczącego warunków udziału w postępowaniu). Kosztami postępowania zatem obciążyła Zamawiającego i Odwołującego w proporcji 1/2 oraz 1/2, odpowiednio. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 2x3.600 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę pełnomocnika Odwołującego w wysokości 880.90 zł oraz pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 253 zł (łącznie 23 333.90 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 19 480.90 zł., a odpowiada do wysokości 11 666.95 złotych. Zatem zasadne było nakazanie Zamawiającego dokonania zwrotu kosztów postępowania na rzecz Odwołującego w wysokości 7 813.95 zł.

Przewodniczący:.....