

Łódź, dnia 8 listopada 2021 roku

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

**Zamawiający:** Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego  
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej  
w Krakowie  
os. Na Skarpie 66, 31-913 Kraków  
KRS: 0000035552  
Tel.: +48 126229413  
Faks: +48 126444756  
E-mail: [www.zpubl@zeromski-szpital.pl](mailto:www.zpubl@zeromski-szpital.pl)  
[www.zeromski-szpital.pl](http://www.zeromski-szpital.pl)

**Odwołujący:** „IZAN +” sp. z o.o.  
z siedzibą w Krakowie  
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków  
KRS: 0000171397  
Tel. +48 426405777  
FAX: +48 422572816  
e-mail: [przetargi@rekeep.pl](mailto:przetargi@rekeep.pl)

reprezentowana przez pracownika – Klaudia Bartczyk  
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie usług utrzymania czystości w zakresie strefy białej, strefy szarej, terenów zewnętrznych oraz terenów zielonych”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 29 października 2021 roku pod numerem: 2021/S 211-553866, numer referencyjny: ZP 23/2021

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – „IZAN +” sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp”):

- I. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.:
  - 1) określenie warunków udziału w postępowaniu;
  - 2) projektowane postanowienia umowy.
- II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:
  - 1) **art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp** poprzez zaniechanie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy;

- 2) **art. 439 ust. 1 i 2 Pzp** przez pominięcie w projekcie Umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
- 3) **art. 433 pkt 4 P.z.p.** poprzez jego niezastosowanie i zastrzeżenie w § 5 ust. 2 załącznika nr 4.1 do SWZ możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 4) **art. 436 pkt 3 P.z.p. w zw. art. 8 ust. 1 Pz.p. w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c.** poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę;

### III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

#### 1) w zakresie zarzutu nr 1):

- a) dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie pkt III.1.3) poprzez wyodrębnienie dotychczasowej treści od słów „Wykonawca musi dysponować dostateczną ilością i odpowiednim rodzajem specjalistycznego sprzętu niezbędnego do wykonywania przedmiotu zamówienia, dostosowanego do specyfiki każdego oddziału – rodzaju i liczby pomieszczeń, o minimalnym zakresie:” i oznaczenie tej treści punktem A) oraz dodanie punktu B) w brzmieniu:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej 1 usługę utrzymania czystości tożsamą z przedmiotem zamówienia, która spełnia łącznie następujące warunki, tj. usługę obejmującą swoim zakresem kompleksowe świadczenie utrzymania czystości w szpitalu publicznym o powierzchni wewnętrznej użytkowej 21.400 m<sup>2</sup> oraz utrzymanie czystości związane z pielęgnacją terenów zewnętrznych utwardzonych i zielonych o powierzchni 4ha, trwająca minimum 12 miesięcy.”

- b) dokonania zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie:

- punktu 7.2 i dodanie w tabeli w kolumnie pn. „Lp.” cyfry „2” oraz w kolumnie pn. „Warunki udziału w postępowaniu” treści:  
 „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej 1 usługę utrzymania czystości tożsamą z przedmiotem zamówienia, która spełnia łącznie następujące warunki, tj. usługę obejmującą swoim zakresem kompleksowe świadczenie utrzymania czystości w szpitalu publicznym o powierzchni wewnętrznej użytkowej 21 400 m<sup>2</sup> oraz utrzymanie czystości związane z pielęgnacją terenów zewnętrznych utwardzonych i zielonych o powierzchni 4ha, trwająca minimum 12 miesięcy.”
- punktu 9.2 pkt 1 i dodanie w tabeli w kolumnie pn. „Lp.” cyfry „2” oraz w kolumnie pn. „Wymagany dokument” treści:  
 „Wykaz usług utrzymania czystości tożsamych z przedmiotem zamówienia, które spełniają łącznie następujące warunki, tj. usługa obejmuje swoim zakresem kompleksowe

świadczenie utrzymania czystości w szpitalu publicznym o powierzchni wewnętrznej użytkowej 21 400 m<sup>2</sup> oraz utrzymanie czystości związane z pielęgnacją terenów zewnętrznych utwardzonych i zielonych o powierzchni 4ha, trwająca minimum 12 miesięcy - oraz referencje wystawione przez podmiot udzielający zamówienie na wykonywanie tej usługi.”;

2) **w zakresie zarzutu nr 2) – dokonania zmiany załącznika nr 4.1 do SWZ poprzez:**

- a) wprowadzenie w załączniku nr 4.1 do SWZ w § 17 ust. 7 po punkcie 4 punktu 5 w brzmieniu: „ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia”;
- b) wprowadzenie w załączniku nr 4.1 do SWZ w § 17 po ustępie 13 ustępu 14 w brzmieniu: „W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 7 pkt 5) powyżej, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie, jeżeli ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wzrosną o co najmniej 3% w stosunku do cen materiałów lub kosztów z chwili składania ofert (w przypadku pierwszej zmiany) albo w stosunku do cen materiałów lub kosztów z chwili ustalania poprzedniej zmiany (w przypadku kolejnych zmian). Pierwsza zmiana wynagrodzenia jest możliwa w kolejnym kwartale po kwartale, w którym zawarta umowę. Zmiana wynagrodzenia może się odbywać co kwartał. W przypadku spełnienia przesłanki określonej w zd. 1, ceny jednostkowe netto, określone w § 12 ust. 1, ulegną zmianie o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za poprzedni kwartał ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie art. 25 ust. 11 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 291). Zmiana wynagrodzenia wchodzi w życie od dnia 1 kwartału, w którym zostanie wykazane spełnienie przesłanki zmiany wynagrodzenia. Maksymalna zmiana wartości przedmiotu zamówienia, o której mowa w § 12 ust. 6 z tytułu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia może ulec w toku realizacji zamówienia zmianie nie więcej niż o 30%.”;

3) **w zakresie zarzutu nr 3 – dokonania zmiany załącznika nr 4.1 do SWZ poprzez dodanie w § 5 ust. 5 w brzmieniu:**

„Ograniczenie zakresu zamówienia, o którym mowa w ust. 2, nie może powodować zmniejszenia wartości miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy poniżej 85% wartości wynagrodzenia, które przysługiwałoby wykonawcy, gdyby wykonał całość zamówienia określonego w SWZ.”

4) **w zakresie zarzutu nr 4 – dokonania zmiany załącznika nr 4.1 do SWZ poprzez nadanie nowego brzmienia § 17 ust. 8:**

*„Maksymalny wymiar kar umownych, zgodnie z dyspozycją art. 436 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, nie może przekroczyć 10% ceny brutto Umowy. W przypadku, gdy szkoda przekraczać będzie wartość zastrzeżonej kary umownej Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej na zasadach ogólnych.”*

- I. **Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania**, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

## **Uzasadnienie**

W dniu 29 października 2021 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług utrzymania czystości w zakresie strefy białej, strefy szarej, terenów zewnętrznych oraz terenów zielonych. Zgodnie z pkt II.2.7) ogłoszenia o zamówieniu okres obowiązywania zamówienia będzie wynosił 36 miesięcy.

Postępowanie prowadzone jest z naruszeniem ustawy Pzp z przyczyn szczegółowo niżej podanych.

### **Uzasadnienie zarzutu nr 1:**

Zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej wymaganej od przyszłego wykonawcy. Zaniechanie określenia takiego warunku prowadzi do naruszenia zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu. Przedmiot zamówienia, tj. świadczenie usług utrzymania czystości w szczególności w zakresie strefy białej i szarej wymaga, aby wykonawca posiadał odpowiednie doświadczenie przy wykonywaniu takiej usługi. Dopuszczenie każdego potencjalnego wykonawcę do wykonywania usługi może spowodować na Zamawiającego (szpital) niebezpieczeństwo polegające na nieprawidłowym stanie epidemicznym podmiotu leczniczego.

Z treści art. 112 Pzp wynika, że Zamawiający powinien uwzględnić wskazane w tym przepisie wymagania każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ustalając takie wymagania, Zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien w ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie.

Brak wymogu posiadania przez wykonawcę doświadczenia przy wykonywaniu tożsamych (porównywalnych) usług pozwala na wybór wykonawcy niemającego zasobu umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności. Taki wykonawca może nie gwarantować niezawodności.

O niezawodności wykonawcy nie świadczy inny z postawionych przez Zamawiającego warunków, tj. posiadanie narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych. Narzędzie, wyposażenie lub urządzenia techniczne każdy wykonawca może nabyć (o ile posiada potencjał finansowy). Natomiast doświadczenie w wykonywaniu zamówień tożsamych (porównywalnych) świadczyć ma o tym, że wykonawca, który posiada narzędzia czy urządzenia, potrafił z nich prawidłowo korzystać i został zweryfikowany jako wykonawca należycie świadczący usługi.

### **Uzasadnienie zarzutu nr 2**

Zamawiający zaniechał określenia we wzorze umowy:

- 1) poziomu 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) sposobu 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) sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 P.z.p., umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Tym samym Zamawiający nie zastosował się w zupełności do treści art. 439 ust. 1 i 2 P.z.p.

Jak wskazano w pkt II.2.7 ogłoszenia o zamówieniu umowa na świadczenie ma zostać zawarta na okres 36 miesięcy. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był zawrzeć w jej treści ww. klauzulę waloryzacyjną, czego nie uczynił.

Wyraźnie wskazuje się, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się jej wzrost jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej będzie powodowało odpowiednie zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie powoduje równe rozłożenie ryzyk pomiędzy strony w zakresie kierunków możliwej waloryzacji.

W dokumentacji zamówienia próżno szukać klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa we wskazanym powyżej przepisie.

Mając na względzie powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu określenie odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej – zgodnie z pkt III.2 *petitum* odwołania.

### **Uzasadnienie zarzutu nr 3**

Z § 5 ust. 2-4 załącznika nr 4.1 do SWZ wynika, że Zamawiający może jednostronnie zmniejszyć zakres zamówienia. Zamawiający nie określił jednak minimalnego progu wykonania umowy.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp:

*„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

*4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.”*

Wobec braku wskazania minimalnego progu wykonania umowy, postanowienia § 5 ust. 2-4 załącznika nr 4.1 do SWZ należy uznać za niedozwolone klauzule umowne.

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu modyfikacji umowy, poprzez wprowadzenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 85 % wartości miesięcznego wynagrodzenia, które przysługiwałoby wykonawcy, gdyby wykonał całe zamówienie określone w SWZ.

#### **Uzasadnienie zarzutu nr 4**

W Załączniku nr 4.1 do SWZ – wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający umieścił postanowienie § 17 ust. 8, z którego wynika, że maksymalny wymiar kar umownych wynosi 30% ceny brutto Umowy.

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Kara umowna stanowi z góry ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13). Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SWZ zawarte w prawie zamówień publicznych (wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).

Należy zauważyć, że maksymalny wymiar kar w wysokości 30% ceny umowy brutto określony w § 17 ust. 8 wzoru umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany. Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego pozwoli mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia

Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

Wobec tego w ocenie odwołującego zasadne jest ustalenie łącznego maksymalnego wymiaru kar na poziomie 10%.

W załączeniu:

1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.