

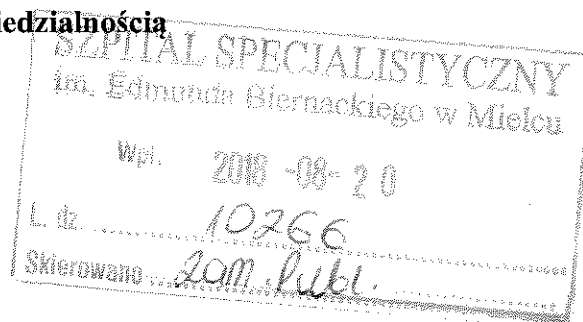
Łódź, dnia 20 sierpnia 2018 roku

**IZAN +** Sp. z o.o.  
31-215 Kraków, ul. Żabiniec 46  
NIP: 796-000-17-98  
REGON: 005111980

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

**Zamawiający:** Szpital Specjalistyczny im. Edmunda Biernackiego  
ul. Żeromskiego 22, 39-300 Mielec  
Tel.: +48 17 780 01 46  
Faks: +48 17 780 01 46  
E-mail: przetargi@szpital.mielec.pl  
www.szpital.mielec.pl

**Odwołujący:** IZAN+ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków  
reprezentowani przez:  
Ewa Grzelak - Pełnomocnik  
adres do korespondencji:  
„IZAN +” sp. z o. o.  
ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź  
Tel. +48 426405777,  
Fax: +48 422572816  
E-mail: przetargi@naprzod.pl



**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitala specjalistycznego w Mielcu, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2018 roku pod nr 2018/S 153-351294.

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Wykonawcy – „IZAN+” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych – dalej: Pzp (Dz.U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

### Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 2 i 2a Pzp poprzez wprowadzenie jako kryterium oceny ofert tylko ceny, w sytuacji gdy kryterium ceny powinno stanowić maksymalnie 60% kryterium oceny ofert;
2. Art. 142 ust. 5 Pzp oraz art. 7 ust 1 Pzp poprzez ograniczenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) możliwości korzystania przez wykonawcę z wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu wzrostu wymienionych w tym przepisie kosztów, mających wpływ na koszt wykonania zamówienia publicznego, a to:
  - 1) poprzez wprowadzenie do wzoru umowy – Załącznika nr 7 do SIWZ – postanowienia § 20.1.8, zgodnie z którym w przypadku zmiany wysokości stawki podatku VAT, mającej wpływ na wysokość kosztu wykonania zamówienia, zmiana umowy może nastąpić jedynie na pisemny i umotywowany wniosek każdej ze stron po przeprowadzeniu negocjacji w przedmiotowej sprawie

M. Grzelak

2) poprzez wprowadzenie do Załącznika nr 7 do SIWZ – postanowienia § 20.2, zgodnie z którym wprowadzenie zmian wskazanych w § 20.2 wymaga zawarcia aneksu w formie pisemnej pod rygorem nieważności. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy – Załącznika nr 7 do SIWZ;

3) poprzez wprowadzenie do wzoru umowy – Załącznika nr 7 do SIWZ – postanowienia § 20.3.1 oraz 20.3.2 w związku z § 20.5, zgodnie z którymi zmiana wynagrodzenia z powodów wskazanych w § 20.3 następuje na wniosek złożony przez Wykonawcę, a wprowadzenie zmian wymaga zawarcia aneksu.

**W związku z powyższym żądam nakazania Zamawiającemu:**

**A)** Zmianę punktu II.2.5 ogłoszenia o zamówieniu i wprowadzenie pozacenowych kryteriów oceny ofert i nadanie im następującej wagi: 30% oraz 10% poprzez wprowadzenie następujących kryteriów oceny ofert i ich wagi: **cena - 60 %, jakość usługi- 30%, czas reakcji na sprzątnięcie awaryjne- 10%.**

**B)** Zmianę rozdziału XI SIWZ: *Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert* poprzez wprowadzenie obok kryterium ceny kryterium oceny ofert odnoszącego się do przedmiotu zamówienia poprzez zastosowania poniżej przyjętego rozwiązania:**XI. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert:**

1. W trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:

**cena - 60 %**

**jakość usługi - 30%**

**czas reakcji na sprzątnięcie awaryjne (np. zalanie pomieszczenia wodą, interwencyjne usunięcie zabrudzeń i nieczystości itp.)-10%**

2. Sposób oceny ofert:

a) „Cena” jako kryterium wymierne obliczane zostanie wg wzoru:

$$Wpc = Cn / Cof \times R$$

gdzie:

*Wpc* – Wartość punktowa badanej oferty w kryterium „cena”

*Cn* – najniższa oferowana cena brutto spośród ofert, które złożyły oferty

*Cof* – cena brutto oferty badanej

*Rc* – ranga kryterium „cena” (60)

b) Kryterium: Jakość usługi (J)

W ramach kryterium „Jakość usługi :J” ocena ofert zostanie przeprowadzona na podstawie załączonych do oferty certyfikatów.

Punkty w zakresie oceny kryterium „Jakość usługi (J)” będą przyznawane w następujący sposób:

Wykonawca, który posiada certyfikat "Gwarant Czystości i Higieny" lub równoważny i przedstawi w ofercie dokument potwierdzający posiadanie certyfikatu otrzyma 30 pkt;

W przypadku niezłożenia certyfikatu Wykonawca otrzyma 0 pkt w kryterium Jakość usługi (J).

Dokument ten nie będzie podlegał uzupełnieniu. Brak dokumentu w ofercie spowoduje

*Mieczysław Wtola*

przyznanie 0 pkt w niniejszym kryterium.

c) „Czas reakcji ” (Cz) jako kryterium wymierne obliczane zostanie wg wzoru:

$$WpCz = Cz_{of} / Cz_{max} \times R$$

gdzie:

**WpCz** – Wartość punktowa badanej oferty w kryterium „czas reakcji”

**Czmax** – Najwyższa ilość punktów spośród ważnych ofert

**Czof** – Ilość punktów oferty badanej

**Rc** – ranga kryterium „czas reakcji” (10)

Punkty będą przyznawane według poniższej zasady:

reakcja do 30 min - 100 pkt

reakcja do 60 min - 0 pkt

Za najkorzystniejszą uznana zostanie oferta z najwyższą ilością uzyskanych punktów

Uwaga!

Zamawiający wymaga czasu reakcji na sprzątanie awaryjne nie dłużej niż 30 minut licząc od chwili zgłoszenia. W przypadku gdy Wykonawca w formularzu ofertowym nie poda czasu reakcji na sprzątanie awaryjne, zamawiający przyjmie do obliczeń max. czas tj. 60 minut od chwili zgłoszenia. W przypadku gdy Wykonawca w formularzu ofertowym poda inny czas niż w/w Zamawiający do obliczeń przyjmie czas tj. 60 minut od chwili zgłoszenia.

Po przyznaniu punktów za ww. kryteria oceny ofert, oferty Wykonawców (O) zostaną ocenione według wzoru:

$$O = Wpc + J + WpCz$$

Oferty zostaną sklasyfikowane zgodnie z ilością uzyskanych punktów. Realizacja zamówienia zostanie powierzona wykonawcy, którego oferta (O) uzyska najwyższą ilość punktów.

- C) Zmianę rozdziału XIII SIWZ poprzez wykreślenie ust. 2 lit. h.
- D) Zmianę załącznika nr 7 do SIWZ (wzoru umowy)- poprzez wykreślenie § 20.1.8
- E) Zmianę rozdziału XIII SIWZ poprzez dodanie ust. 3 lit. c o następującej treści: *wysokości stawki podatku VAT, wprowadzonej powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszt wykonania zamówienia przez Wykonawcę z tym, że cena netto nie może ulec powiększeniu.*
- F) Zmianę załącznika nr 7 do SIWZ (wzoru umowy)- poprzez dodanie § 20.3.4 o następującej treści: *Jeżeli zmiany wymienione w § 20.3 mają wpływ na koszt wykonania zamówienia przez Wykonawcę, Wykonawca przedstawi zamawiającemu informację o zmianie wysokości należnego wynagrodzenia.*
- G) Zmianę załącznika nr 7 do SIWZ (wzoru umowy)- poprzez dodanie § 20.3.3 o następującej treści: *zmiany stawki podatku VAT, wprowadzonej powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszt wykonania zamówienia przez Wykonawcę z tym, że cena netto nie może ulec powiększeniu.*
- H) Zmianę załącznika nr 7 do SIWZ (wzoru umowy)- poprzez dodanie § 20.3.5 o następującej treści: *Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy nastąpi z dniem wejścia w życie odpowiednich przepisów.*

Mioszowski Wtold

- D) Zmianę załącznika nr 7 do SIWZ (wzoru umowy)- poprzez zmianę § 20.5- *poprzez jego wykreślenie.*

Oświadczam, iż Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp. Postępowanie w zakresie zaskarżonych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zostało niewłaściwie przygotowane. Odwołujący wniósł odwołanie w przepisany terminie albowiem postępowanie zostało ogłoszone w dniu 10 sierpnia 2018 roku. W tym samym dniu opublikowano treść SIWZ.

## UZASADNIENIE

### **I. ZARZUT NARUSZENIA ART. 91 UST. 2 I 2A PZP**

Zamawiający w Sekcji II. 2.5) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale XI SIWZ *Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert* wprowadził jako jedyne kryterium oceny ofert cenę.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 *kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówień.* Natomiast zgodnie z art. 91 ust 2a Pzp *zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.* Do Zamawiającego, który jest samodzielnym zakładem opieki zdrowotnej, a tym samym jednostką sektora finansów publicznych, o której mowa w art. 9 pkt 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 2077 ze zm.) ma zastosowanie art. 91 ust. 2a Pzp.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie określił standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Obowiązany był zatem do wprowadzenia obok ceny innego kryterium oceny ofert, odnoszącego się do przedmiotu zamówienia o wadze, co najmniej 40%.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, Odwołujący wskazuje, że zasadnym byłoby przyjęcie jako pozacenowych kryteriów parametrów w postaci jakości usługi- kryterium z wagą 30% oraz kryterium czasu reakcji na sprzętanie awaryjne- z wagą 10%.

Zaproponowane kryterium sformułowane jest w sposób przejrzysty, zawiera wszelkie niezbędne elementy umożliwiające ocenę przez zamawiającego poszczególnych ofert oraz jest związane w sposób niewątpliwy z przedmiotem zamówienia (vide: Wyrok TSUE z dnia 24 listopada 2005 r., C 331/04- w przedmiocie warunków jakie spełniać powinny pozacenowe kryteria ofert). Złożoność oceny zaproponowanego kryterium pozwoli zamawiającemu wybrać ofertę najkorzystniejszą w oparciu o przedłożone przez oferentów dokumenty, a tym samym pozwoli uniknąć zarzutu arbitralnego wyboru oferty.

### **II. Zarzut naruszenia art. 142 ust. 5 pzp.**

Ponadto, należy zwrócić uwagę na fakt wadliwego sformułowania także samego mechanizmu klauzuli waloryzacyjnej w stosunku do możliwych zmian wysokości stawki podatku VAT a to: poprzez określenie, że zmiana wynagrodzenia może, lecz nie musi być dokonana, a dokonywana jest na skutek przeprowadzenia negocjacji i jest skuteczna dopiero w wypadku zawarcia aneksu, także zależnego od woli Zamawiającego.

Murawski Wtdd

Podkreślić należy, że terminy wejścia w życie i zakres zmiany wynagrodzenia przewidziany w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp winny być uzależnione od treści i daty wejścia w życie nowych przepisów prawa i nie powinny być zależne od woli jednej ze stron stosunku prawnego – wyłącza to, bowiem automatyzm waloryzacji i cel art. 142 ust. 5 Pzp. Cel art. 142 ust. 5 Pzp wyraża zapewnieniu obu stronom umowy pewności, iż w razie zaistnienia zewnętrznego zdarzenia w tym przepisie wskazanego, z góry wiedzą, w jaki sposób mają się zachować. W ten sposób zapewniona jest stabilność finansów zamawiającego, a z drugiej strony wykonawca ma gwarancję uwzględnienia jego słuszych interesów. Stąd obowiązek zawarcia w SIWZ automatycznych mechanizmów dostosowywania wynagrodzenia wykonawcy do zewnętrznych warunków, przy zapewnieniu zamawiającemu bezpieczeństwa prawnego i koniecznej wiedzy.

Skoro to zdarzenia zewnętrzne determinują moment wyjścia w życie zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp, to koniecznym jest, aby konsekwencje tych zmian znalazły odzwierciedlenie w treści stosunku prawnego łączącego Zamawiającego i wykonawcę w terminie, w którym te zmiany weszły w życie. Każdy inny termin wprowadzenia zmian w życie (a tym bardziej jego brak) budzi uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy nie mamy do czynienia z niedozwolonymi negocjacjami między stronami umowy.

Waloryzacja winna nastąpić automatycznie, a nowa wysokość wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie odpowiednich przepisów (od tego dnia wzrastają koszty wykonawcy). W związku z tym, niezasadne i niedopuszczalne jest zastrzeżenie, na mocy którego zmiana wynagrodzenia może nastąpić nie częściej niż raz na 12 miesięcy. Ustawodawca nie dokonał takiego zastrzeżenia w ustawie, a poczynienie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia należy rozumieć jako ograniczające prawa wykonawcy, wynikające wprost z ustawy. Twierdzenie to poparte jest przytoczonym poniżej w całości fragmentem uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232), tj. druku Sejmu RP VII kadencji nr 1653:

*Procedura zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy powinna zostać uruchomiona automatycznie w razie wystąpienia określonych zmian przepisów prawa [...] (wpływających na koszty wykonania zamówienia publicznego)- glosa aprobująca Małgorzaty Sieradzkiej do wyroku KIO z dnia 23 marca 2015 r., KIO/UZP 443/15 teza 3, Opublikowano: LEX/el. 2015.*

Podobne stanowisko zostało przedstawione przez Katarzynę Eger, Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych z dniem 19 października 2014 roku, komentarz praktyczny w LEX, ABC nr 208335, pkt 9: *Nowością będzie też obowiązek wprowadzenia do umów zawieranych na okres dłuższy niż rok klauzul pozwalających na zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki VAT, wysokości minimalnego wynagro. KIO 2398/15, LEX nr 1929231). dzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub zdrowotnym lub wysokości składek ZUS w tych przypadkach, w których zmiana ma wpływ na koszt wykonania zamówienia. Zmiana będzie więc korzystna przede wszystkim dla wykonawców. Nie będą musieli w długoterminowe umowy w kalkulowywać ryzyka trudnych do przewidzenia zmian w zakresie podatków i kosztów zatrudnienia. W odniesieniu do umów już zawartych ustawodawca przewiduje tryb negocjacyjny.*

Według Stanowiska Rządu wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy-Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 1653) z dnia 4.02.2014 – *Należy wskazać, że użycie zwrotu „ Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia (...)” nakłada na zamawiającego obowiązek każdorazowej modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, zmiany wysokości minimalnego za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów czy zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów czy zmiany składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.*

Zgodnie z opinią Biura Analiz Sejmowych, sporządzoną przez Prof. dr hab. Ryszarda Szostaka, proponowany w art. 142 ust. 5 Pzp *wymaga usprawnienia, a mianowicie przewidziany*

M. Wójcik      Lubold

w nim mechanizm dostosowania ceny transakcyjnej do zmienionych czynników cenotwórczych powinno się nazywać „automatyczna indeksacja” lub podobnie, ponieważ „postanowienie o zmianie wysokości wynagrodzenia” może być kojarzone niepotrzebnie z konstytutywną zmianą woli umowy z woli stron (renegocjacja). 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 zmian wysokości 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 ograniczania 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 wprowadzenie obowiązku zawierania w umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany w 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 w razie zmiany: stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów.

Z powyższych względów nieprawidłowe (naruszające art. 142 ust. 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp) są w/w postanowienia zawarte w SIWZ w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Powyższe postanowienia wyłączają automatyzm waloryzacji, który jest celem instytucji wprowadzonej do art. 142 ust. 5 Pzp. Waloryzacja winna nastąpić automatycznie, a nowa wysokość wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie odpowiednich przepisów (od tego dnia wzrastają koszty wykonawcy).

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, który posiada wyłączne uprawnienie określania treści klauzuli waloryzacyjnej, winien je redagować w sposób precyzyjny, aby w toku realizacji umowy uniknąć sporów w przedmiocie aktualizacji wysokości wynagrodzenia.

Wobec powyższego wnoszę o zmianę kryterium oceny ofert oraz kryterium udzielenia zamówienia zgodnie z wnioskiem zawartym w *petitum* odwołania.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego,
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
3. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.

M. G. G. W. G.