

Łódź, dnia 11 marca 2023 roku

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

Zamawiający: **Uniwersytet Medyczny w Łodzi**
Al. Kościuszki 4, 90-419 Łódź
NIP: 7251843739
e-mail: barbara.labudzka@umed.lodz.pl
tel. +48 42 272 59 35
adres strony Zamawiającego: umed.pl

Odwołujący: **"IZAN +" spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
KRS: 0000171397; NIP: 7960001798
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
E-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowane przez pracownika – Klaudię Bartczyk
adres do doręczeń:
ul. Traktorowa 126/202, 91-204 Łódź

Dotyczy: postępowania na usługi społeczne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego tj. *"Usługa sprzątnia budynków Uniwersytetu Medycznego w Łodzi"* ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 28 lutego 2024 roku pod numerem publikacji ogłoszenia: 122618-2024, numer wydania: Dz.U. S: 42/2024, numer referencyjny: ZP/10/2024

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. 2019 poz. 2019 ze zm. - zwanej dalej „Pzp”):

- I. wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.
1. projektowane postanowienia umowy (załącznika nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia dalej jako: SWZ - projekt umowy) dot.
 - a. ograniczenia w projekcie umowy (§ 10 ust. 16) zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w ten sposób, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu) jedynie o 50% wartości, o jaką uległy zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

II. zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ K.c.** poprzez ograniczenie w projekcie umowy (§ 10 ust. 16 załącznika nr 4 do SWZ - Projekcie Umowy) zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w ten sposób, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu) jedynie o 50% wartości, o jaką uległy zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy.

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

w zakresie zarzutu nr 1:

1. wykreślenie z treści § 10 ust. 16 załącznika nr 4 do SWZ - Projektu Umowy zdania 4: *"W przypadku zaistnienia opisanych powyżej przesłanek do zmiany wynagrodzenia, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu) o 50% wartości, o jaką uległy zmianie koszty związane z realizacją umowy ustalone zgodnie z postanowieniami ust. 15 powyżej."*

IV. oświadczam, że Odwołujący posiadają 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, w związku z czym posiada interes prawny i faktyczny aby postępowanie było prowadzone zgodnie z obowiązującym prawem.

UZASADNIENIE

W dniu 28 lutego 2024 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „*Usługa sprzątnia budynków Uniwersytetu Medycznego w Łodzi*”.

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp Ustawy, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

W ust. 16 § 10 - Waloryzacja załącznika nr 4 do SWZ - projektu umowy Zamawiający określił, że: *"16. Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 13 i następnych może wystąpić wyłącznie jeden raz na 12 miesięcy kalendarzowych. Pierwsza zmiana wynagrodzenia może nastąpić dopiero po upływie 12 miesięcy kalendarzowych, liczonych od dnia faktycznego rozpoczęcia wykonywania umowy tj. od dnia 1.07.2024 r. Kolejna zmiana może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy od poprzedniej zmiany wynagrodzenia upłynął okres minimum 12 miesięcy kalendarzowych. Zmiana wynagrodzenia może nastąpić wyłącznie w zakresie prac, które na datę zmiany wynagrodzenia nie zostały jeszcze wykonane. W przypadku zaistnienia opisanych powyżej przesłanek do zmiany wynagrodzenia, wynagrodzenie Wykonawcy **ulegnie zmianie (zwiększeniu lub obniżeniu) o 50% wartości, o jaką uległy zmianie koszty związane z realizacją umowy ustalone zgodnie z postanowieniami ust. 15 powyżej.**"*

W ocenie Odwołującego ograniczenie zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja) tylko o 50 % wartości o jaką uległy zmianie koszty związane z realizacją umowy świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie Wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy.

W ocenie Odwołującego w.w. zapisami Zamawiający rażąco ograniczył Wykonawcy ustawowe prawo do waloryzacji wynagrodzenia.

Wykonawca nie ma wpływu na wahania cen na rynku a ograniczenie waloryzacji w tak dużym stopniu obciąża wykonawcę nadmiernym ryzykiem błędnego (zbyt niskiego) skalkulowania wysokości zakupu środków. W przypadku postępowania przetargowego na usługi mówimy tutaj o codziennym koszcie ponoszonym przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego.

Restrykcyjne zakresy i ograniczenia wskazane przez Zamawiającego dot. stosowania art. 439 ust. 2 ustawy Pzp są elementem współdziałania w realizacji zamówienia i naruszają również art. 431 ustawy Pzp mówiący o współdziałaniu stron umowy przy wykonywaniu zamówienia. Ustawodawca dał jasny sygnał, że niedopuszczalne jest obarczanie Wykonawców wszystkimi ryzykami realizacji danego zamówienia i zostali wyraźnie zobowiązani do przestrzegania zasady proporcjonalności. W ramach prac legislacyjnych wyraźnie wskazano, że wprowadzone ograniczenia nie mają na celu „*uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców*”.

Wielokrotnie wskazywano również, że przepisy tej ustawy mają przede wszystkim na celu wprowadzenie regulacji, która będzie zmierzała do lepszego wyważenia interesów stron umowy o zamówienie publiczne. Narzędziami, które miały temu służyć, są postanowienia dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności przepis określający obowiązkowe klauzule umowne, przepis art. 433 Pzp, wprowadzający do Pzp klauzule niedozwolone, czy art. 439 Pzp, dotyczący obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 Pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca wszystkie ryzyka na

wykonawców, gdyż to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty.

Jak wskazuje się w doktrynie: „*Art. 439 ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy - obecnie 6 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych, będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia”.*

Ustanowienie progu ograniczającego maksymalnego progu waloryzacji wynagrodzenia tylko do wysokości 50 % wzrostu kosztów wykonywania usługi stanowi wykorzystanie pozycji dominującej w postępowaniu przetargowym.

Wyżej wskazany zapis narzuca Wykonawcom skrajnie niekorzystne warunki umowy oraz ogranicza krąg Wykonawców chcących ubiegać się o zamówienie, gdyż nie każdy z wykonawców może finansowo pozwolić sobie na zrezygnowanie ze znacznej części wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe argumenty Odwołujący wnosi jak na wstępie.

załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.