

Wrocław, dnia 6 listopada 2024 r.

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

Odwołujący:

Optima Cleaning Sp. z o.o.
ul. A. Słonimskiego 1; 50-304 Wrocław
KRS: 0000588001; NIP: 8943069512
numer telefonu:
+48 510 011 618
adres poczty elektronicznej:
a.sliwinska@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko):
Anna Śliwińska

Zamawiający:

Centrum Onkologii – im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy
85-796 Bydgoszcz, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2
adres e-mail: zamowienia@co.bydgoszcz.pl
telefon: 52/37-43-000
Adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:
www.e-propublico.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2024 poz. 1320 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *Usługa świadczenia kompleksowego utrzymania czystości w obiekcie PARiS Centrum Onkologii w Bydgoszczy* (znak postępowania: 162/P/2024).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 210/2024 pod numerem 655324-2024 z dnia 28.10.2024 r..
2. Nazwa postępowania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: . Numer referencyjny: *Usługa świadczenia kompleksowego utrzymania czystości w obiekcie PARiS Centrum Onkologii w Bydgoszczy*.

II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz związane przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 433 pkt. 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści wzoru umowy postanowień kontraktowych umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego jednoznacznego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 2) art. 99 ust. 1 zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący tj. poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy możliwości zwiększenia ilości osób na danej zmianie bez wskazania limitu ilości zdarzeń uprawniających do ww. zwiększenia oraz wielkości, o którą Zamawiający może zwiększyć liczebność zespołu pracowników na zmianie;
- 3) art. 95 ust. 2 pkt 2 i 3 zw. z art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.94 z zm.) – dalej *kc* poprzez ustalenie w projekcie umowy obowiązku przedstawienia przez wykonawcę w terminie 4 dni od dnia zawarcia umowy informacji, z której będzie wynikać fakt uregulowania składki ZUS zatrudnionych pracowników podczas, gdy przedstawienia ww. informacji w terminie wymaganym w SWZ jest nadmierne, nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego a ponadto nieuzasadnione przepisami prawa, w tym w szczególności przepisami ustawy o Systemie ubezpieczeń społecznych, gdyż termin płatności składek za pracownika zgodnie z ww. ustawą upływa najwcześniej 5 – go dnia następnego miesiąca.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) w zakresie zarzutu nr 1: wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia, że:

Minimalna gwarantowana wartość zamówienia wynosi 70% wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w § 5 ust. 1 pkt 2 umowy.

- 2) w zakresie zarzutu nr 2:

jednoznacznego wskazania w dokumentach zamówienia maksymalnej liczby wydarzeń uprawniających Zamawiającego do żądania zwiększenia przez wykonawcy liczebności zespołu na zmianie oraz jednoznacznego wskazania o jakiej maksymalnej ilości dodatkowych osób na zmianie może jednorazowo żądać Zamawiający

albo

usunięcie z projektu umowy zastrzeżenia, że:

Zamawiający ma możliwość modyfikacji ilości osób na danej zmianie w związku z odbywającymi się wydarzeniami na terenie PARIS, każda taka sytuacja będzie zgłaszana przez Kierownika Obiektu PARIS osobie koordynującej pracę osób utrzymujących czystość w obiekcie z wyprzedzeniem minimum 5-dniowym. Zmiana ilości osób na danej zmianie nie wiąże się ze zwiększeniem wynagrodzenia ani ze sporządzaniem aneksu do umowy.

- 3) w zakresie zarzutu nr 3: usunięcia z dokumentów zamówienia - w tym w szczególności ze wzoru umowy (§ 3 ust. 5) - zastrzeżenia, że:

w terminie 4 dni od dnia zawarcia umowy – tj. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu informację z którego będzie wynikać: fakt (...) uregulowane składki ZUS zatrudnionych pracowników.

III. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

IV. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art.. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

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

Zamawiający w dniu 28.10.2024 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Usługa świadczenia kompleksowego utrzymania czystości w obiekcie PARiS Centrum Onkologii w Bydgoszczy.*

Odwołujący podnosi, że aktualne postanowienia dokumentacji postępowania są niezgodne z Ustawą, gdyż:

1. BRAK WSKAZANEJ MINIMALNEJ WIELKOŚCI ZAMÓWIENIA

- 1.1. Zgodnie z postanowieniami wzoru umownymi, Zamawiający nie określił minimalnej gwarantowanej wielkości lub wartości swojego świadczenia. Jednocześnie Zamawiający jest uprawniony do ograniczenia wielkości zamówienia z jednoczesnym proporcjonalnym obniżeniem wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Zgodnie z postanowieniami umownymi § 5 ust. 3 oraz § 5 ust. 13

Wynagrodzenie ryczałtowe miesięczne, o którym mowa w ust.1 pkt 1 niniejszego paragrafu może zostać pomniejszone na podstawie pisma Zamawiającego dot. bieżącego miesiąca kalendarzowego, w którym zostanie wskazana wartość pomniejszenia poprzez iloczyn ilości m² wyłączonych w danym miesiącu z eksploatacji pomieszczeń PARIS pomnożonych przez koszt 1 m² powierzchni użytkowej, o którym mowa w ust.1 powyżej. Pomniejszenie wynagrodzenia, o którym mowa wyżej obowiązuje od dnia doręczenia ww. pisma Wykonawcy lub upoważnionemu przedstawicielowi Wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia za bieżący miesiąc kalendarzowy. Wykonawca na powyższe pomniejszenie wyraża zgodę.

Zamawiający zakłada minimalne wykonanie przedmiotu umowy na poziomie 70% łącznej maksymalnej wartości umowy określonej w § 5 ust. 1 pkt 2 umowy.

- 1.2. Wobec powyższego, wykonawca na podstawie SWZ nie uzyskał informacji o gwarantowanej i pewnej minimalnej wartości lub wielkości zobowiązania Zamawiającego. Wartości i wielkości podane w SWZ są wielkościami zakładanymi i szacunkowymi, są niedookreślone i pozwalają na ostatecznie dowolne ograniczenie wielkości zamówienia, a w konsekwencji obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem każdego rodzaju włączeń lub ograniczeń, w tym również wyłączeń nadzwyczajnie wysokich lub długich. W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że wbrew wymogom art. z art. 433 pkt 4 Ustawy, wzór umowy nie zawiera minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron mimo, że Zamawiający zastrzegł dla siebie możliwość ograniczenia zamówienia.

Odwołujący zwraca uwagę na wyrok KIO z dnia 26 listopada 2023 r., sygn. akt. KIO 3233/21 zgodnie w myśl którego zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.

- 1.3. Odwołujący podnosi ponadto, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, Zamawiający w umowie nie może zastrzegać sobie prawa do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Oznacza to, że przedmiot umowy powinien być określony w taki sposób, by wykonawca mógł ustalić minimalny, pewny zakres lub wielkość przyszłego swojego świadczenia oraz wysokość odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Wymiar tego zakazu jest dwójaki. Po pierwsze, chroni on wykonawcę przed

stratami ponoszonymi w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, w sytuacji gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy jest znacznie mniejszy czy wręcz znikomy. Po drugie, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia, a co za tym idzie - przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie w opisie przedmiotu zamówienia zakresu szacunkowego lub maksymalnego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw lub usług (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. z 2.1.2017 r. sygn. akt. KIO 2346/16 uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Izba wskazała, że zastrzeżenie takie prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego. Zatem, jeśli nawet zamawiający nie jest w stanie w precyzyjny sposób określić swoich potrzeb, dla zaspokojenia których udziela zamówienia, nie może określić jedynie maksymalnej wartości zobowiązania i zastrzec, że zamówienie będzie realizować według bieżących, rzeczywistych potrzeb. Zobowiązany jest wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Zamawiający może w takim przypadku skorzystać również z instytucji prawa opcji, które pozwala na rozszerzenie zamówienia podstawowego o towarzyszące mu usługi lub dostawy. (Jaworska Marzena [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, C.H. Beck, 2021, [w]: komentarz do art. 433, pkt B.4).

1.4. Odwołujący podkreśla, iż takie działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 433 ustawy Pzp. Uzasadnieniem nowelizacji przywołanego przepisu art. 433 ustawy Pzp było m.in., że „specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.

1.5. Ponadto zgodnie z Prawem zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać w szczególności zakres zamówienia. Innymi słowy powinien on określać „ilość zamówienia” (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1329/08). Precyzyjny opis przedmiotu zamówienia pod względem ilościowym umożliwia bowiem wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażania się na ewentualne straty. Odrębną kwestią jest to, że

Zamawiający tylko wskutek prawidłowego przedmiotu zamówienia będzie mógł prawidłowo oszacować wartość zamówienia z należytą starannością. Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie dają podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem jego ilości/wielkości, nawet w przypadku, gdy jego zapotrzebowanie jest trudno przewidywalne. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09), zgodnie, z którym „przepis art. 29 ust. 1 ustawy nie daje podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zapotrzebowanie Zamawiającego jest trudno-przewidywalne. Sam fakt, że w dacie wszczęcia postępowania Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów leczniczych, nie może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji”. Stosownie do postanowienia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, przy czym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

1.6. Przedmiot zamówienia należy opisać w sposób wyczerpujący (art. 99 ust.1 in principio ustawy Pzp), co implikuje, iż z opisu musi wynikać dokładny zakres zamówienia i warunki jego realizacji. Tym samym, Zamawiający nie może zastrzec sobie prawa arbitralnego ukształtowania zakresu zamówienia po jego udzieleniu, a postanowienia w tym zakresie należy uznać za nieskuteczne. Powyższe znajduje także potwierdzenie na gruncie judykatury. Niedopuszczalne jest zatem zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości ograniczenia zakresu umowy oraz prawa wyłączenia z zakresu umowy części usług lub dostaw, gdyż takie postanowienia specyfikacji (w tym projektu umowy) sprowadzają się praktycznie do przyznania sobie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, a w szczególności z art. 29 tejże ustawy (arg. z wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05). Ponadto, jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie (orzeczenie SO dla Warszawy – Pragi z 23 listopada 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05), „niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby Zamawiającego (...), gdyż jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia. W konsekwencji, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wzór czy warunki przyszłej umowy powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie poddana uznaniu Zamawiającego”.

1.7. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 33/07) Izba wskazała, że niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. „Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny

umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy”.

1.8. Należy mieć przy tym na uwadze, iż zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy, powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem, zawartym w ofercie. Podkreślenia wymaga również fakt, że również - zgodnie z dominującym poglądem doktryny - Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, o ile Zamawiający wskaże minimalny próg, do jakiego zobowiązany będzie wykonać zamówienia, a który nie będzie w sposób znaczący odbiegać od wartości maksymalnych (W. Bertman-Janik „Zamówienia na leki”, Przetargi publiczne 2007 r., nr 4, s. 40)

1.9. Odwołujący podkreśla ponadto, że kwestionowane postanowienia SWZ nie pozwalają Wykonawcy na należyte skalkulowanie optymalnej ceny w swojej ofercie. Optymalna cena w ofercie Wykonawcy uzależniona jest bowiem od faktycznej, a nieszacowanej ilości usług, które zakupi Zamawiający. Tak, więc inna cena będzie dla maksymalnej ilości zadeklarowanej SWZ, a inna dla ilości pomniejszonych w myśl ww. postanowień SWZ. Przyjęcie możliwości dowolnego zmniejszenia wielkości zamówienia, dowodzi braku racjonalnej oceny swoich potrzeb przez Zamawiającego. Ponadto istotnym jest także, że rezultatem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą. Umowa ta jest umową wzajemną, jej postanowienia nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub przyznawać tylko jednej stronie przywileje. Istnienie kwestionowanego zapisu w SWZ powoduje to, że tylko Zamawiający jest stroną uprzywilejowaną w umowie, gdyż może jednostronnie (bez jakiegokolwiek ochrony interesu Wykonawcy) zmieniać ilość i wartość świadczeń wykonawcy.

1.10. Odwołujący podnosi, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, co pozwala uznać je za niejasne, nieprecyzyjne, dowolne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia społecznego winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty, jak i potencjalnej umowy. Zasady te mają zapewnić równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (wyrok z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

1.11. Odwołujący dodatkowo podkreśla, iż opisane przez Zamawiającego warunki zmiany zamówienia w postaci zmniejszenia są konstruowane w sposób niedookreślony. Zamawiający winien precyzyjnie podać, w jakich przypadkach, z czym związanych, będzie możliwa zmiana umowy i jednocześnie (równie precyzyjnie) określić warunki i termin dokonania takiej zmiany. Akceptacja zmiany zamówienia na zasadach określonych w SWZ prowadzi do nieuzasadnionej modyfikacji równowagi ekonomicznej stron umowy o realizację zamówienia na korzyść i w interesie tylko jednej strony postępowania - Zamawiającego i stanowi nadużycie prawa. W przedmiotowej kwestii KIO podobnie wypowiedziało się w wyrokach:

1) KIO z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07:

Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.

2) KIO z dnia 2 stycznia 2017 r. sygn. akt 2346/16

Zastrzeżenie przez zamawiającego w projekcie umowy nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw, poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy oznacza, bowiem po stronie wykonawców brak pewnej wiedzy na temat jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty.

Prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny, co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie.

2. NIEJEDNOZNACZNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

2.1. Zgodnie z postanowieniami umownymi § 3 ust. 8 akapit trzeci:

Zamawiający ma możliwość modyfikacji ilości osób na danej zmianie w związku z odbywającymi się wydarzeniami na terenie PARIS, każda taka sytuacja będzie zgłaszana przez Kierownika Obiektu PARIS osobie koordynującej pracę osób utrzymujących czystość w obiekcie z wyprzedzeniem minimum 5-dniowym. Zmiana ilości osób na danej zmianie nie wiąże się ze zwiększeniem wynagrodzenia ani ze sporządzaniem aneksu do umowy.

2.2. Odwołujący podnosi, że na mocy ww. postanowienia Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do dowolnego zwiększenia liczebności zespołu osób realizujących zamówienie. Zwiększenie to ma być dokonywane dowolną ilość razy na żądanie Zamawiającego. Istotnym jest ponadto, że wprowadzenie przez Zamawiającego ww. zwiększenia nie skutkuje zwiększeniem wynagrodzenia wykonawcy.

2.3. Wobec powyższego opis przedmiotu zamówienia zawarty w SWZ jest niejasny, nieprecyzyjny i nie uwzględnia wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2.4. Oczywiście jest, że koszty zatrudnienia osób realizujących zamówienia (koszty płac i pracy) są podstawowym elementem kosztowym kształtującym wysokość ceny ofertowej. Z tego też powodu informacja o minimalnych potrzebach Zamawiającego co do liczebności i etatyzacji zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia ma podstawowe znaczenie dla prawidłowego ustalenia ceny tj. ceny pokrywającej wszystkie koszty wykonania zadania. W przedmiotowej postępowaniu informacja na temat ww. liczebności i etatyzacji jest tym bardziej istotna, że zwiększenie ilości kadr realizujących zamówienie nie będzie skutkowało podwyższeniem wynagrodzenia wykonawcy.

- 2.5. Brak informacji o maksymalnej ilości zwiększenia kadr, która jest dopuszczalna na mocy umowy jak też brak wskazania o jaką wielkość ww. zwiększenia kadr może wystąpić powoduje, że wykonawca nie może policzyć ceny ofertowej. Z treści SWZ nie wskazuje nawet orientacyjnej wielkości ww. zwiększeń. Wykonawca pozbawiony więc jest możliwości uwzględnienia w cenie ofertowej uzasadnionej i racjonalnej kwoty za ww. zwiększenia. Dokonanie wyceny ww. zwiększeń jest niemożliwe, gdyż SWZ nie zawiera żadnych wymiernych danych pozwalających na ustalenia kosztów tychże zwiększeń.
- 2.6. Odwołujący zwraca również uwagę, że termin na realizację ww. zwiększeń kadrowych powoduje skutkuje dodatkowymi ryzykami, które powinny być uwzględnione w cenie ofertowej. Zgodnie z przywołanym postanowieniem umownym wykonawca zostanie zawiadomiony o zwiększeniu kadr niezbędnych do realizacji zamówienia z *wyprzedzeniem minimum 5-dniowym*. W tym też terminie wykonawca zobowiązany jest pozyskać i skierować do realizacji zamówienia osobę spełniającą wszystkie wymogi określone w SWZ. Oczywistym jest, że dostępność pracowników na rynku nie jest nieograniczona a pozyskanie do współpracy osób, które posiadają wszelkie niezbędne dokumenty, badania, dopuszczenia, szkolenia, weryfikacje itd. wymaga zarówno czasu jak i nakładów finansowych chociażby na rekrutację. Z uwagi na ww. wady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oszacowanie ww. kosztów również nie jest możliwe.
- 2.7. Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący podnosi również, że brak wskazania w SWZ informacji i maksymalnej licznie ww. zwiększeń oraz o maksymalnej jednorazowej wielkości zwiększenia powoduje, że złożone w postępowaniu oferty będą nieporównywalne a wykonawcy będą licytować się pomiędzy na zaniżenie wyceny ww. ryzyka zwiększeń. Prawdopodobnym jest, że w postępowaniu zostaną złożone oferty w ogóle nie uwzględniające kosztów ww. zwiększenia co stanowi zagrożenia dla należytej jakości świadczenia.

3. WERYFIKACJA ZATRUDNIENIA NA UMOWĘ O PRACĘ OSÓB REALIZUJĄCYCH ZAMÓWIENIE

3.1. Zgodnie z postanowieniami § 10 ust. 7 wzoru umowy:

Wykonawca obowiązany jest udokumentować zatrudnienie w/w osób, o których mowa w ust. 4 powyżej, w terminie 4 dni od dnia zawarcia umowy – tj. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu informację z którego będzie wynikać: fakt zawarcia umowy o pracę, datę zawarcia umowy, zakres obowiązków / nazwa stanowiska, rodzaj umowy, wymiar czasu pracy, okres obowiązywania umowy oraz uregulowane składki ZUS zatrudnionych pracowników. Wykonawca ma obowiązek przedstawić w/w informacje wraz z oświadczeniem dotyczącym wypełnienia obowiązków informacyjnych przewidzianych w art. 14 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

3.2. Odwołujący podnosi, że spełnienie wymogu postawionego w ww. postanowieniu umownym, że:

Wykonawca w terminie 4 dni od dnia zawarcia umowy – tj. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu informację z którego będzie wynikać: fakt (...) uregulowane składki ZUS zatrudnionych pracowników.

jest nadmiernie rygorystyczne, nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego wynikającymi z SWZ a przede wszystkim nadmiernie rygorystyczne ze względu na obowiązujące przepisy prawa.

3.3. Zgodnie z ustawą o Systemie ubezpieczeń społecznych – art. 47 ust. 1 *Płatnik składek przesyła w tym samym terminie deklarację rozliczeniową, imienne raporty miesięczne oraz opłaca składki za dany miesiąc, z zastrzeżeniem ust. 1a, nie później niż:*

- 1) (uchylony);*
- 2) do 5 dnia następnego miesiąca - dla jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych;*
- 3) do 15 dnia następnego miesiąca - dla płatników składek posiadających osobowość prawną;*
- 4) do 20 dnia następnego miesiąca - dla pozostałych płatników składek.*

3.4. W wyroku SA w Gdańsku z 18.02.2020 r., [III AUa 1491/19](#), LEX nr 3388582, słusznie stwierdzono, że określony w art. 47 ust. 1 u.s.u.s. termin, w którym płatnicy są obowiązani przekazywać dokumenty ubezpieczeniowe, tj. deklaracje miesięczne oraz imienne raporty miesięczne, jest jednocześnie terminem opłacania składek, co oznacza, że płatnicy są zobowiązani złożyć niezbędne dokumenty rozliczeniowe i opłacić składki w tym samym terminie.

Powyższe terminy oraz pozostałe regulacje wskazanego przepisu mają odpowiednie zastosowanie do składek na ubezpieczenie zdrowotne, FEP, FP, FS i FGŚP ([art. 47 ust. 14](#) u.s.u.s.).

3.5. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że nałożenie na wykonawcę obowiązków bardziej rygorystycznych niż wynika z ustawy o Systemie ubezpieczeń społecznych jest nadużyciem prawa przysługującego Zamawiającemu. Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający bezpodstawnie i w sposób nieuzasadniony potrzebami wynikającymi z SWZ zobowiązał wykonawców do dokonywania płatności składek ZUS za pracowników w terminie przez czwarty (4) dniem realizacji umowy.

3.6. Odwołujący zwraca również uwagę, że prawidłowe opłacenie składek ZUS za pracownika wymaga od pracodawcy ustalenia podstawy wymiaru tychże. Podstawę wymiaru składek na ubezpieczenia społeczne pracowników stanowi przychód. Za przychody ze stosunku pracy uważa się wszelkiego rodzaju wypłaty pieniężne oraz wartość pieniężną świadczeń w naturze bądź ich ekwiwalenty, bez względu na źródło finansowania tych wypłat i świadczeń, a w szczególności:

- wynagrodzenia zasadnicze,
- wynagrodzenia za godziny nadliczbowe,
- różnego rodzaju dodatki,
- nagrody,
- ekwiwalenty za niewykorzystany urlop,
- wszelkie inne kwoty niezależnie od tego, czy ich wysokość została z góry ustalona,

- świadczenia pieniężne ponoszone za pracownika,
- wartość innych nieodpłatnych świadczeń,
- wartość świadczeń częściowo odpłatnych.

3.7. Mając na względzie różnorodność ww. składników oczywistym jest, że opłacenie składek ZUS za pracownika w prawidłowej wysokości jest możliwe dopiero po zakończeniu danego miesiąca. W związku z powyższym przedstawienie przez wykonawcę dowodu na zapłatę składek ZUS w terminie wynikającym z ww. postanowienia umownego (4 dni po zawarciu umowy) w żaden sposób nie weryfikuje, czy wykonawca dopełnił ciążących nim obowiązków pracodawcy. Tym samym wymóg ten nie realizuje celu, o którym mowa art. 95 ust. 1 pkt 2 i 3 Ustawy. Wymóg ten nie znajduje również uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia, gdyż żadne postanowienie SWZ nie nakłada ani nie zobowiązuje do zapłaty przez wykonawcę ww. składek w terminie innymi niż wynikający z ustawy o Systemie ubezpieczeń społecznych.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.