

Wrocław, dnia 17.01.2025 r.

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

Odwołujący:

Impel S.A.
ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław
NIP: 8990106769
Numer telefonu: 727 003 567
Adres poczty elektronicznej: k.stefanska@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Kamila Stefańska - pełnomocnik

Zamawiający:

22. Baza Lotnictwa Taktycznego
ul. 17 Marca 20, 82-200 Malbork
NIP: 5791927841
Numer telefonu: 261 53 67 13
Adres poczty elektronicznej: 22blt.przetargi@ron.mil.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa kompleksowego utrzymania czystości pomieszczeń w budynkach administrowanych przez 22. Bazę Lotnictwa Taktycznego w Malborku OJ S 4/2025 07/01/2025 (Sygnatura sprawy: 22.BLT.SZP.2612.153.2024).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 4/2025 pod numerem 6265-2025 z dnia 07/01/2025.

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

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

II. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

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

- 1) Modyfikację § 13 ust 1 lit b załącznika nr 4 do SWZ Umowa nr...../FIN/2025 w następujący sposób lub równoważny:

„b. suma skumulowanych wskaźników miesięcznych w odniesieniu do miesiąca, w którym nastąpiło składanie ofert, przekroczy 3%”

III. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

UZASADNIENIE

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w § 13 ust 1 lit b załącznika nr 4 do SWZ Umowa nr...../FIN/2025 zawarł następujące postanowienie:

„1. Zamawiający przewiduje możliwość waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy na niżej określonych zasadach:

(.....)

b. kwartalny wzrost wskaźnika cen towarów i usług podawany przez GUS będzie wynosił nie mniej niż 5% za miniony kwartał”

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych zaniechał prawidłowego opisanie w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający wprowadził próg procentowy wzrostu poziomu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych na poziomie nie mniejszym niż 5% za miniony kwartał. Tak przyjęta wartość procentowa jest na nadmiernym, nierealnym do osiągnięcia poziomie, zatem wskaźnik ten nie odzwierciedla faktycznego wzrostu kosztów Wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w sposób nieadekwatny do aktualnej sytuacji gospodarczej określił warunek, od którego spełniania uzależniona została możliwość złożenia przez Wykonawcę wniosku o waloryzację wynagrodzenia. Tak określony poziom zmiany wskaźnika GUS w ocenie Odwołującego jest zbyt wysoki.

Odwołujący stwierdza, że przyjęty przez Zamawiającego poziom wskaźnika w wysokości minimum 5% (kwartalnie) jest zbyt wysoki i uniemożliwi Wykonawcy skuteczne skorzystanie z waloryzacji wynagrodzenia. Zamawiający, ustalając zasady, od których zależy możliwość waloryzacji, powinien brać pod uwagę sytuację gospodarczą i publikowane wskaźniki, do których się odwołuje. W przeciwnym razie postanowienia waloryzacyjne będą tylko pozorne i w żadnym stopniu nie będą spełniać swojej roli. Odwołujący wnosi o stosowne obniżenie tego poziomu procentowego.

Odwołujący podnosi, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na wysokość wskaźników GUS. Wykonawcy nie mają również wiedzy przy kalkulowaniu ceny oferty na temat planowanej

wysokości zmian w/w wskaźników, aby właściwie ocenić i uwzględnić ryzyko zmian kosztów wykonania usługi w cenie oferty.

Odwołujący podnosi, że tak określony poziom zmiany wskaźnika GUS przez Zamawiającego dowodzi, że rzeczywistą wolą Zamawiającego jest uniknięcie zastosowania art. 439 Ustawy. Zachowanie takie jest niezgodne z art. 58 k.c. i jako takie skutkuje bezwzględną nieważnością czynności prawnych a w konsekwencji ustaniem w postępowaniu klauzuli waloryzacyjnej nie spełniającej wymogów przepisu art. 439 Ustawy.

Odwołujący podkreśla, że art. 439 ustawy zobowiązuje Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podnosi, że przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia nie można przypisać zachowaniu polegającemu na formułowaniu wskaźników i zasad waloryzacji w sposób kosmetyczny i nieistotny.

Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów wzrostu cen stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych i w konsekwencji świadczy o dokonywaniu czynności prawnych sprzecznych z prawem lub mających na celu obejście prawa a więc czynności prawnych bezwzględnie nieważnych na podstawie art. 58 k.c. Odwołujący podnosi więc, że w postępowaniu na skutek opisanych wad nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.

Odwołujący zaznacza także, że przerzucanie na wykonawcę całości ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zgodnie z art. 439 Ustawy nie może przerzucać całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a zachowania takie stawią naruszenie ww. przepisu Ustawy jak i zasad współżycia społecznego. W świetle art. 439 pzp niedopuszczalne jest, aby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia.

Bezpośrednią konsekwencją opisanego naruszenia wymogu przejrzystości jest naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Zamawiający utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż wykonawcy konkurują w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia co do wzrostu kosztów i wskaźnika inflacji.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.