Sygn. akt: KIO 1681/18

WYROK

z dnia 5 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę: IZAN+ Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Specjalistyczny im. Edmunda Biernackiego, ul. Żeromskiego 22, 39-300 Mielec,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu w następującym zakresie:

   1) zmiana treści punktu II.2.5 ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiana 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 pozacenowych kryteriów oceny ofert, odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie jakości wykonywanych usług,

   2) zmiana treści postanowienia w pkt XIII ppkt 2 lit. h SIWZ oraz odpowiednio § 20 pkt 20.1.8 Wzoru umowy, poprzez wykreślenie treści „na pisemny i umotywowany wniosek każda ze stron w terminie 30 dni od wejścia w życie przepisów dokonujących tych zmian, może zwrócić się do drugiej strony o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia" oraz wprowadzenie w to miejsce treści: „każda ze stron może zwrócić się do drugiej strony z umotywowanym wnioskiem o wprowadzenie w tym zakresie odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia".

   3) zmianę treści postanowienia w pkt XIII ppkt 3 SIWZ oraz odpowiednio § 20 pkt 20.5 Wzoru umowy, poprzez dodanie w zdaniu „Zamawiający może uwzględnić złożony wniosek w pełnym lub częściowym zakresie lub też go odrzucić" dalszej treści tj.: „biorąc pod uwagę wykazany przez wykonawcę wpływ zmiany obowiązujących przepisów prawa na koszt wykonywania umowy",

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Szpital Specjalistyczny im.

Edmunda Biernackiego, ul. Żeromskiego 22, 39-300 Mielec, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: IZAN+ Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego Szpital Specjalistyczny im. Edmunda Biernackiego, ul. Żeromskiego 22, 39-300 Mielec na rzecz wykonawcy: IZAN+ Sp. z o.o.,

ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Sygn. akt: KIO 1681/18

Uzasadnienie

Zamawiający, Szpital Specjalistyczny im. Edmunda Biernackiego w Mielcu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczenie usług sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach Szpitala Specjalistycznego w Mielcu". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2018 r. pod nr 2018/S 153-351294

Wykonawca Izan+ Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":

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 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, tj.:

1) poprzez wprowadzenie do wzoru umowy (Załącznik 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,

2) poprzez wprowadzenie w Załączniku 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,

3) poprzez wprowadzenie do wzoru umowy (Załącznik 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- zmiany treści punktu II.2.5 ogłoszenia o zamówieniu i wprowadzenia pozacenowych kryteriów oceny ofert i nadanie im wagi: 30% oraz 10%, poprzez wprowadzenie następujących kryteriów oceny ofert i ich wagi: cena - 60 %, jakość usługi- 30%, czas reakcji na sprzątanie awaryjne- 10%;

- zmiany 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 zastosowanie następującego 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 sprzątanie 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 x 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 przyznanie 0 pkt w niniejszym kryterium,

c) „Czas reakcji " (Cz) jako kryterium wymierne obliczane zostanie wg wzoru: WpCz =Czof/ Czmax R gdzie: WpCz - Wartość punktowa badanej oferty w kryterium „czas reakcji" Czmax - Najwyższa ilość punktów spośród ważnych ofert Czof- Ilość punktów oferty badanej Rcz- 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) zmiany rozdziału XIII SIWZ, poprzez wykreślenie ust. 2 lit. h.

D) zmiany załącznika nr 7 do SIWZ (wzór umowy), poprzez wykreślenie § 20.1.8

E) zmiany 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) zmiany załącznika nr 7 do SIWZ (wzór 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) zmiany załącznika nr 7 do SIWZ (wzór 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) zmiany załącznika nr 7 do SIWZ (wzór umowy), poprzez dodanie § 20.3.5 o następującej treści:

„Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy nastąpi z dniem wejścia w życie odpowiednich przepisów".

I) zmiany załącznika nr 7 do SIWZ (wzór umowy), poprzez wykreślenie § 20.5.

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 Pzp, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. 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, zasadnym byłoby przyjęcie jako pozacenowych kryteriów - parametrów w postaci jakości usługi - kryterium z wagą 30% oraz kryterium czasu reakcji na sprzątanie 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.

Odwołujący podniósł zarzut wadliwego sformułowania mechanizmu klauzuli waloryzacyjnej w stosunku do możliwych zmian wysokości stawki podatku VAT, 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.

Odwołujący podkreślił, że terminy wejścia w życie i zakres zmiany wynagrodzenia przewidziany w art. 142 ust. 5 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 się w 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 słusznych 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 wejścia 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 aprobującą 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 wynagrodzenia 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 wkalkulowywać 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. R .S., proponowany w art. 142 ust. 5 Pzp wymaga usprawnienia, a mianowicie przewidziany 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 umowy z woli stron (renegocjacją). 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 określanymi 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 powyższej 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 ww. 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.

Odwołujący wskazał, 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.

Pismem z dnia 3 września 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu 1, Zamawiający wskazał, że w wyniku nowelizacji z dnia 28 lipca 2016 r. zmieniono treść art. 91 ust. 2a Pzp, wprowadzając obowiązek po stronie

zamawiającego - określenia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Dotychczas zamawiający był uprawniony do zastosowywania kryterium ceny jako wyłącznego kryterium, gdy zamawiał towary lub usługi powszechnie dostępne oraz mające ustalone standardy jakościowe. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntował się pogląd, że usługi sprzątania należy wskazywać jako przykład usług powszechnie dostępnych i mających ustalony standard rynkowy (por. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2350/15).

Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu w treści SIWZ w sposób szczegółowy, wręcz drobiazgowy, opisał zasady świadczenia usługi sprzątania i usług pomocniczych. Zamawiający przedstawił oczekiwany od wykonawców standard jakości usług sprzątania, instrukcję przedstawiającą sposób sprzątania poszczególnych powierzchni, jak

również wskazany został wymóg zastosowania w trakcie sprzątania odpowiednich środków.

Choć usługi sprzątania są usługami powszechnie dostępnymi, jak wskazywała Izba w swoim dotychczasowym orzecznictwie, a standard ich świadczenia jest ustalony i powszechnie stosowany, to w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, biorąc pod uwagę specyfikę Szpitala, dokonał szczegółowego opisu zasad, według jakich usługa ma być świadczona. Opisując standard wykonania usługi, Zamawiający wskazał szereg wymagań, które będzie zobowiązany zastosować wykonawca:

1) przede wszystkim Zamawiający określił wymagania dot. rodzaju powierzchni podlegającej sprzątaniu z podziałem na tzw. białą, szarą i czarną oraz dokładnym wskazaniem liczby sprzątań i sposobu sprzątania każdej z tych części. Szczegółowy opis czynności wykonywanych oraz ich częstotliwości został wskazany w Załączniku nr 1 — Wykaz czynności wchodzących w skład świadczenia usług sprzątania i utrzymania czystości;

2) określając jakość sprzątania, Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby świadczone usługi realizował z uwzględnieniem przepisów i wymogów sanitarno-higienicznych;

3) Zamawiający opisał w pkt 6 Opisu przedmiotu zamówienia procedurę, której wykonawca będzie zobowiązany realizować usługę: „Przy myciu korytarzy, schodów należy przestrzegać zasady mycia jednej połowy. Zawsze należy umieszczać znak ostrzegawczy. Podczas wykonywania procesów mycia i dezynfekcji obowiązuje zmiana ściereczek oraz nakładek na mopa przy przejściu z jednego pomieszczenia do drugiego - metoda pracy mopem jednokontaktowa. Zamawiający wymaga mechanicznego mycia i sprzątania traktów komunikacyjnych powierzchni płaskich.”

4) Zamawiający wymaga także, aby środki chemiczne wykorzystywane do sprzątania posiadały stosowne atesty, certyfikaty i świadectwa dopuszczające je do stosowania w placówkach służby zdrowia. W ten sposób Zamawiający ustalił standard środków czystości, które mają być użyte do wykonania usługi.

Nie ulega więc wątpliwości, że Opis przedmiotu zamówienia zawiera szczegółowy opis

standardu, w jakim ma być świadczona usługa będąca przedmiotem zamówienia, o którym mowa w art. 91 ust. 2a Pzp. Tym samym Zamawiający był uprawniony do przyjęcia kryterium ceny o wadze przekraczającej 60%.

Oceniając propozycję przedstawioną przez Odwołującego w zakresie wykazania przez wykonawców posiadania certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny lub równoważnym, Zamawiający uznał tę propozycję za niedopuszczalną, gdyż stanowiłoby to oczywiste naruszenie art. 91 ust. 3 Pzp. Z przepisu tego wynika, że kryteria oceny ofert nie mogą

dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Przekładając powyższe na okoliczności niniejszej sprawy trzeba zauważyć, że w świetle powołanego przepisu, zastosowanie okoliczności posiadania przez wykonawcę certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny”, jako kryterium oceny ofert stanowiłoby

de facto przyznawanie przez Zamawiającego punktów za wiarygodność wykonawcy. Certyfikat „Gwarant Higieny i Czystości" potwierdza wyłącznie, że podmiot posiadający taki certyfikat przystąpił do programu organizowanego przez TUV Rheinland, w ramach którego audytor powołany przez organizatora programu bada organizację pracy w firmie sprzątającej. Lektura regulaminu tegoż programu wskazuje, że ocenie nie podlegają wyłącznie aspekty związane z jakością oferowanej usługi, ale badane jest przedsiębiorstwo jako takie, oraz wdrożona organizacja pracy. Badanie to nie ma na celu ustalenia, czy firma sprzątająca realizuje usługi według przyjętego przez TUV Rheinland zaproponowanego przez siebie kodeksu postępowania/procedury świadczenia usług. Celem uzyskania certyfikatu „Gwarant Higieny i Czystości" jest poprawienie wizerunku podmiotu, który go posiada w oczach kontrahentów,

a więc zwiększenie atrakcyjności oferty firmy sprzątającej oraz wiarygodności wykonawcy na rynku, nie ma natomiast znaczenia na gruncie niniejszej sprawy. Powyższa konkluzja

Zamawiającego jest zbieżna ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP/1362/08). W ocenie Zamawiającego, przyjęcie kryterium posiadania certyfikatu, jako kryterium wyboru ofert stanowiłoby niewątpliwie naruszenie konkurencyjności w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do propozycji, aby jako kryterium oceny ofert Zamawiający przyjął również czas reakcji na wezwanie do sprzątania, Zamawiający również odrzucił taką możliwość. W pkt. 19 Opisu przedmiotu zamówienia wskazano, że Zamawiający wymaga w uzasadnionych przypadkach interwencyjnego sprzątania. Interwencyjne usunięcie zabrudzeń i nieczystości, które muszą być natychmiast usunięte poza uzgodnionymi godzinami świadczonej usługi wymaga natychmiastowej reakcji wykonawcy na zgłoszenie Zamawiającego. Taka konstrukcja wymogu realizacji usługi oznacza, że Zamawiający nie dopuszcza możliwości, aby reakcja na potrzebę tzw. interwencyjnego sprzątania była odsunięta w czasie dłużej niż jest to organizacyjnie uzasadnione. Sprzątanie interwencyjne dotyczy głównie sytuacji zagrożenia biologicznego, kiedy czas reakcji powinien być maksymalnie krótki. Stąd też wymóg, aby wykonawca zabezpieczył grupę interwencyjną dla wszystkich jednostek Szpitala 7 dni w tygodniu w godzinach 19.00 do 7.00.

W zakresie zarzutu 2 Zamawiający podniósł, że w świetle art. 142 ust. 5 Pzp, umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy powinna zawierać klauzulę renegocjacyjną o „zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia" należnego wykonawcy na wypadek zmiany: a) stawki podatku od towarów i usług, b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, c) zasad podlegania ubezpieczeniom pracowniczym, społecznemu lub zdrowotnemu lub wysokości składki z tytułu tych ubezpieczeń — jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Rolą powyższego przepisu jest ochrona wykonawców umów długoterminowych przed ryzykiem wynikającym z rygoryzmu zasady nominalizmu.

Klauzula z art. 142 ust. 5 Pzp powinna określać zasady wprowadzania odpowiednich zmian do umowy. W tym zakresie właściwe są „zasady" wynikające z unormowania art. 144 ust. 1 pkt 1 pzp, skoro obecnie przepis 142 ust. 5 Pzp pozostaje wobec niego w relacji lex specialis. Należy zatem wskazać na cenotwórcze elementy podlegające renegocjacji (stawki VAT, wynagrodzenia pracowniczego oraz ubezpieczenia) z prawidłowym odniesieniem do właściwych wskaźników(mierników) wzrostu bądź obniżki, a ponadto na charakter zmian (uzgodnień) oraz „warunki", czyli podstawy i tryb ich wprowadzania. Klauzula powinna mieć charakter „dwukierunkowy/' (indeksacyjny), aby umożliwiała zarówno podwyższenie, jak i obniżenie należnego wykonawcy wynagrodzenia. Dodatkowym elementem zastrzeżenia, o charakterze specjalnym powinien być jeszcze warunek, aby zmiany powyższych stawek (wskaźników) rzutowały bezpośrednio na „koszty wykonania zamówienia" przez wykonawcę. Jeśli bowiem pomimo wzrostu ciężarów opodatkowania lub kosztów pracy na rynku, indywidualne koszty realizacji zamówienia przez wykonawcę nie ulegną pogorszeniu — żądanie renegocjacji umówionego wynagrodzenia może okazać się bezpodstawne. Z przepisu art. 142 ust. 5 Pzp nie wynika bynajmniej, aby zamawiający projektujący umowę finalną musiał nadać klauzuli umożliwiającej korektę wynagrodzenia charakter zastrzeżenia właściwego dla umowy przedwstępnej, w braku jakichkolwiek przeciwwskazań ma do tego jedynie prawo, a nie obowiązek." (por. R. Sz., Umowy o zamówienia publiczne w zarysie, Warszawa 2018).

Stanowisko w zakresie interpretacji art. 142 ust. 5 Pzp wyraził także Urząd Zamówień Publicznych w piśmie pt. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r., gdzie wskazano, że „sformułowanie „odpowiednia zmiana wynagrodzenia" zawarte w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, należy interpretować poprzez pryzmat okoliczności, że stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez odpowiednie akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym, co oznacza, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i powinni uwzględniać je w tych wysokościach również przy kalkulowaniu cen ofertowych.

Zasadniczym celem wprowadzenia przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, wskazanym w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizacyjnej, jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może on ponieść w związku z podwyższeniem ciężarów publicznoprawnych wchodzących w koszty realizacji zamówienia. Z drugiej strony ochrona taka będzie przysługiwać również zamawiającemu, w przypadku obniżenia ciężarów publicznoprawnych, które podwyższały koszty wynagrodzenia wykonawcy. Ujmowane w treści umowy klauzule, w oparciu o które dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, w sytuacji zaistnienia zmian przepisów określających wysokość podatku VAT, wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zmiany zasad opłacania przez wykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo zmiany wysokości składek tych ubezpieczeń, mają zastosowanie, o ile powyższe zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Za "odpowiednią zmianę wynagrodzenia" należy zatem przyjąć taką zmianę, która dostosowuje wprost proporcjonalnie wynagrodzenie wykonawcy do poziomu kosztów ponoszonych na realizację zamówienia w związku z późn. zm. przepisów prawnych wymienionych w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 346/15), „zmiana (wynagrodzenia - przyp. wł.) powinna być "adekwatna", wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa". Nie można tym samym wykluczyć, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy, może odnosić się nie tylko do zwiększenia kosztów ponoszonych przez wykonawcę, a zatem do odpowiedniego podwyższenia wynagrodzenia, lecz także do ich zmniejszenia, co pociągać będzie za sobą obniżenie wysokości należnego wynagrodzenia.

Zmiana wynagrodzenia, o której mowa wyżej nie powinna być dokonywana automatycznie, gdyż powinna ona odzwierciedlać realny wpływ zmian obciążeń publicznoprawnych na koszty wykonania zamówienia, a co za tym idzie powinna być poprzedzona dokonaniem stosownych obliczeń. W szczególności, w przypadku zmiany wysokości płacy minimalnej lub składek ubezpieczenia społecznego, wykonawca powinien poczynić odpowiednie wyliczenia w odniesieniu do ilości pracowników zatrudnionych przy realizacji danego zamówienia, ilości przepracowywanych przez tych pracowników roboczogodzin, rodzajów posiadanych przez nich umów. Obowiązkiem, a zarazem uprawnieniem, zamawiającego w takich przypadkach poprzedzających zmianę wysokości wypłacanego wykonawcy wynagrodzenia, powinno być zweryfikowanie zasadności oraz poprawności obliczeń dokonanych przez wykonawcę w zakresie postulowanej zmiany wynagrodzenia.

Reasumując, przepis art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, wskazuje na obowiązek wprowadzenia "odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy" w przypadkach wskazanych w tym przepisie, natomiast z treści ww. przepisu nie wynika obowiązek automatycznego podwyższania kwot wynagrodzenia wykonawców np. o współczynnik wzrostu kosztów pracy, bowiem każda zmiana kwoty wynagrodzenia wykonawcy dokonywana w oparciu o art. 142 ust. 5 ustawy Pzp powinna być poparta odwołaniem się do stosownych wyliczeń, które przybiorą postać dokumentów załączanych do umowy: kalkulacji kosztów pracy z oferty oraz kosztów pracy wynikających z bieżącego i planowanego stanu zatrudnienia przy realizacji zamówienia osób wykonujących pracę na rzecz wykonawcy."

Zamawiający, stosując art. 142 ust. 5 Pzp i uwzględniając ww. wytyczne, przewidział mechanizm zmiany wynagrodzenia wykonawcy lub Zamawiającego w sytuacji, gdyby nastąpiła zmiana stawki podatku VAT oraz zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany kosztów pracy. Zamawiający nie ma realnych możliwości oceny, jakie w istocie koszty wykonania zamówienia będzie ponosił wykonawca, a tym bardziej nie jest w stanie przewidzieć zmian legislacyjnych, które mogą wpłynąć na te koszty.

W projekcie umowy Zamawiający przewidział, że jeśli nastąpi jedna z sytuacji, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt Pzp, wykonawca lub zamawiający mogą zwrócić się do drugiej

strony z wnioskiem w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. Procedura postępowania w tym przypadku również została przez Zamawiającego opisana. Przede wszystkim strona zainteresowana zmianą umowy w zakresie wynagrodzenia jest zobowiązana do wykazania, że zmiany legislacyjne miały faktyczny wpływ na koszt realizacji usługi. Takie postępowanie jest uzasadnione koniecznością zachowania przejrzystości w wydawaniu środków

publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony

postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

I. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 i 2a Pzp, poprzez wprowadzenie jako jedynego kryterium oceny ofert - ceny - w sytuacji, gdy kryterium ceny powinno stanowić maksymalnie 60% kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. 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 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 2077 ze zm.) ma zastosowanie przepis art. 91 ust. 2a Pzp, co nie było kwestionowane przez obie strony postępowania.

Przepis art. 91 ust. 2a Pzp, ma na celu ograniczenie stosowania przez zamawiających ceny jako jedynego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty wyłącznie do zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. W przypadku pozostałych zamówień zamawiający są zobowiązani stosować obok ceny jeszcze co najmniej jedno kryterium oceny ofert spośród wymienionych w art. 91 ust. 2 Pzp lub inne, związane z przedmiotem zamówienia. Co do zasady zamawiający posiada swobodę w doborze kryteriów oceny ofert, których zastosowanie w okolicznościach określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno umożliwiać wybór optymalnej oferty zapewniającej uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Stosowane kryteria powinny mieć charakter obiektywny i niedyskryminacyjny.

Przepis powyższy nie precyzuje pojęcia „powszechnie dostępny" ani pojęcia „ustalone standardy jakościowe". Powyższe pojęcia zostały na gruncie ustawy Pzp użyte także w art. 70 Pzp, który określa przesłanki udzielenia zamówienia w trybie zapytanie o cenę. Zgodnie z zasadami prawidłowej wykładni przepisów, należy przyjąć jednakowe znaczenie tych sformułowań, przy całej odmienności obu instytucji.

Zamawiający posiadający status jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.) oraz będący państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej udzielając zamówienia, którego przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, stosując wyłącznie kryterium ceny powinni przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić elementy, które będą miały wpływ na koszty związane z eksploatacją oraz utylizacją przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu 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, przyjął jako jedyne kryterium oceny ofert - cenę z wagą 100%.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług sprzątania i utrzymania czystości. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w pkt II SIWZ. Pod pojęciem „świadczenie usług sprzątania i utrzymania czystości" rozumie się:

a) kompleksowe, całodobowe (również w dni wolne np. soboty, niedziele i święta) utrzymanie czystości oraz dezynfekcję pomieszczeń zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ,

b) obsługę dezynfektorów typu „Tornado", „Deco", urządzeń do dezynfekcji powietrza i

pomieszczeń typu Nocospray,

c) zaopatrzenie i stałe uzupełnianie dostępności podstawowych materiałów i sprzętu sanitarno- higienicznego: ręczniki jednorazowe, papier toaletowy, mydło w płynie (mydło kosmetyczne i do higienicznego i chirurgicznego mycia rąk - system zamknięty/sterylny - kompatybilne z zamontowanymi dozownikami), środki myjące i dezynfekcyjne do powierzchni i powietrza, worki foliowe wg. kodu kolorów z jednorazowym zamknięciem i oznakowaniem wg. wzoru Załącznik nr 6 do SIWZ (dopuszcza się zamykanie worków za pomocą opaski plastikowej elektrycznej), środki do mycia i płukania dezynfektorów typu „Tornado", „Deco" chroniące przed osadzaniem się kamienia, itp.

Wykaz dozowników określa Załącznik nr 2 do SIWZ.

Uzupełnianie dozowników w środek do dezynfekcji rąk dostarczony przez

Zamawiającego.

d) transport czystej pościeli, bielizny i bielizny operacyjnej, materacy, koców, kołder, poduszek odzieży ochronnej i roboczej itp. ze wskazanego miejsca do placówek

szpitalnych wraz z wyłożeniem-ułożeniem we wskazanym miejscu, w godzinach i z

częstotliwością uzgodnioną obustronnie,

e) transport brudnej pościeli, bielizny, odzieży, materacy, kołder, koców, poduszek itp. do wskazanego miejsca (punktu odbioru), w godzinach i z częstotliwością uzgodnioną

obustronnie,

f) transport materiału do pracowni laboratoriów oraz wskazanych placówek i dostarczanie wyników badań do placówek,

g) transport odpadów minimum 2 x dziennie w godzinach 7-10 i 15-19, segregacja odpadów

wg. kodów kolorów i ich usuwanie z i do wskazanego miejsca zgodnie z procedurami szpitalnymi (odpady komunalne, plastik, makulatura, szkło, medyczne, itp.),

h) pomoc personelowi medycznemu w transporcie pacjenta leżącego do pracowni i pomiędzy oddziałami,

i) transport zwłok z oddziałów do Sali Pro-Morte wskazanymi korytarzami, wewnątrz obiektów Zamawiającego, (nie dotyczy budynku wolnostojącego oddziału obserwacyjno-zakaźnego i chorób wątroby),

j) pomoc w transporcie apteki (w tym leków, materiałów opatrunkowych itp.) do wszystkich

jednostek organizacyjnych szpitala,

k) pomoc w transporcie zaopatrzenia wg potrzeb,

l) natychmiastowe poddanie dezynfekcji powierzchni w przypadku zanieczyszczenia

materiałem biologicznym/ potencjalnie zakaźnym.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że przedmiot zamówienia - usługa sprzątania Szpitala wraz z usługami dodatkowymi nie jest usługą powszechną, skierowaną do przeciętnego odbiorcy. Potwierdził także, że jest to z pewnością usługa specjalistyczna, dla

której trudno jest opisać standardy jakościowe wykonania ze względu na skomplikowany i niestandardowy charakter poszczególnych elementów tej usługi. Zamawiający wyjaśnił jednocześnie, że tak szczegółowo, jak to tylko jest możliwe, opisał zakres realizacji tej usługi.

Z treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących opisu przedmiotu zamówienia wynika, że Zamawiający opisał zakres zamawianych usług ze wskazaniem sposobu i podstawowych zasad realizacji, z powołaniem się na obowiązujące przepisy. Nie sposób jednak uznać, że w ten sposób Zamawiający opisał szczegółowe

standardy jakości przedmiotu zamówienia, o których mowa w art. 91 ust. 2a. Przykładowo, w pkt II.5 Zamawiający wskazał, że „Usługi będą prowadzone efektywnie, sprawnie i

ekonomicznie, z zachowaniem zasad staranności zapewniając utrzymanie higieny na

poziomie zapobiegającym szerzeniu zakażeń szpitalnych, zgodnie z przepisami i wymogami sanitarno - higienicznymi, przy uwzględnieniu aktualnych zasad współczesnej wiedzy i zgodnie z obowiązującymi, w tym zakresie, przepisami prawa." Zgodnie natomiast z postanowieniem pkt II.7 Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zapewni środki chemiczne, sprzęt oraz pojazdy (wózki) do świadczenia usług określonych w SIWZ Część II pkt 1, w ilości niezbędnej do należytego wykonania usługi - zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ - Wykaz placówek w szpitalu z podziałem na odcinki. Zamawiający wymaga aby Wykonawca zapewnił dla każdej placówki przydzielony osobny wózek - co najmniej jeden, Blok Operacyjno-Zabiegowy 5 wózków, oraz sprzęt i środki w ilości wystarczającej do wykonania usługi, z uwzględnieniem podziału na odcinki/strefy jak również wymogów jednostek kontrolujących."

Potwierdzeniem faktu, że Opis przedmiotu zamówienia nie zawiera określenia standardów wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia w sposób, który umożliwiałby zastosowanie włącznie kryterium ceny, jest także treść postanowienia pkt II.17 SIWZ, zgodnie z którym, Zamawiający wymaga w niniejszym postępowaniu od wykonawcy,

aby ten opracował „własne procedury wykonania usługi zgodnie z przepisami i wymogami

sanitarno - higienicznymi w porozumieniu i z akceptacją Zespołu Kontroli Zakażeń Szpitalnych". Zatem, opisując w sposób jedynie ogólny minimalne wymagania i zakres usług objętych przedmiotem zamówienia, Zamawiający w znacznej mierze pozostawił wykonawcy swobodę w określeniu sposobu świadczenia tych usług.

Biorąc pod uwagę specyfikę i złożoność przedmiotu zamówienia, jakość świadczonych usług sprzątania Szpitala powinna mieć istotne znaczenie dla Zamawiającego, świadczącego usługi ochrony zdrowia na rzecz społeczeństwa. Z uwagi na ten szczególny charakter usług zasadne jest, w ocenie Izby, aby Zamawiający, wybierając ofertę najkorzystniejszą, mógł dokonać wyboru takiej oferty, która zapewni realizację usług na możliwie najwyższym poziomie, przy możliwie najniższej cenie oferty.

Izba, nakazując wprowadzenie przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu - dodatkowego kryterium jakości usług, nie ograniczyła Zamawiającego w doborze punktowanych parametrów usług (podkryteriów), pozostawiając Zamawiającemu dokonanie szczegółowej analizy i odpowiedniego doboru ocenianych parametrów, które muszą być przejrzyste, jasne i mierzalne oraz związane z najistotniejszymi cechami przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, nie ma przeszkód, aby jednym z tych parametrów było legitymowanie się przez wykonawcę certyfikatem „Gwarant Czystości i Higieny" lub równoważnym, ponieważ certyfikat ten potwierdza określony standard świadczonych przez wykonawcę usług specjalistycznego sprzątania, w tym medycznego. Izba nie podzieliła oceny Zamawiającego, iż certyfikat powyższy nie odnosi się do rzeczywistej jakości świadczonych usług. Certyfikat ten odnosi się bowiem wprost do określonych standardów świadczenia usług sprzątania przez wykonawcę, co potwierdza treść Regulaminu przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie - w pkt I.5 tego Regulaminu wskazano jednoznacznie, że „Celem programu jest: a) weryfikacja jakości świadczonych usług przez uczestnika programu, usług profesjonalnego utrzymania czystości", a w pkt IV.4 - że przedsiębiorstwo zakwalifikowane do programu może otrzymać powyższy certyfikat, po spełnieniu odpowiednich procedur weryfikacyjnych i pozytywnym przeprowadzeniu audytu. Jednocześnie, umożliwienie wykonawcom złożenia certyfikatów równoważnych zapewni uczciwą konkurencję w ubieganiu się o zamówienie. Możliwe do zastosowania przez Zamawiającego parametry podlegające ocenie w ramach kryterium jakości, to np.: aspekty innowacyjne, w tym rozwiązania organizacyjne - system dostarczania materiałów i sprzętu do poszczególnych komórek organizacyjnych przez odrębny personel za pomocą zamykanych wózków podlegających dezynfekcji, zastosowanie nowych/nowoczesnych materiałów i sprzętu, wózki serwisowe z zamykanymi pojemnikami na odpady, mopy i ścierki; zamykane pojemniki podlegające dezynfekcji do przechowywania ścierek i mopów, ścierki jednorazowe, a także organizacja, kwalifikacje i staż pracy oraz kwalifikacje sanitariuszy/personelu. Jak wykazał Odwołujący, takie m.in. kryteria są stosowane przez innych zamawiających w odniesieniu do tego rodzaju usług (przedmiotu zamówienia).

Należy podkreślić również, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zasobów technicznych wykonawcy, w tym w szczególności - sprzętu i osób, którymi wykonawca posłuży się przy realizacji przedmiotu zamówienia. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający określił jedynie warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy, o treści: „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 usługę obejmującą swoim zakresem sprzątanie w szpitalach oraz transport wewnątrzszpitalny o wartości nie mniejszej niż 8.060.000,00 zł".

Odnosząc się do zaproponowanego przez Odwołującego kryterium „czasu reakcji na sprzątanie awaryjne", Izba uznała, że kryterium to, w świetle postanowień SIWZ, nie ma istotnego znaczenia, ponieważ Zamawiający określił w specyfikacji ten czas - jako „natychmiastowy", biorąc pod uwagę konkretne warunki organizacyjne, a zatem wymaga czasu minimalnego w danych okolicznościach. Powyższe oznacza, że zgodnie z treścią SIWZ, wykonawca nie może zaoferować czasu krótszego niż wymagany, który mógłby być dodatkowo punktowany. W tym zakresie Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego.

II. Zarzut naruszenia art. 142 ust. 5 Pzp oraz art. 7 ust 1 Pzp, poprzez ograniczenie w 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.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący wadliwego sformułowania w niniejszym postępowaniu mechanizmu klauzuli waloryzacyjnej w stosunku do możliwych zmian wysokości stawki podatku VAT, poprzez określenie, że zmiana wynagrodzenia może, lecz nie musi być dokonana, i będzie dokonywana na skutek przeprowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą. Zauważyć należy, że w przypadku zmiany stawki podatku VAT nie ma uzasadnienia prowadzenie negocjacji, gdyż zmieniona stawka stosownie do zmiany wynikającej z odrębnych przepisów, musi być odpowiednio uwzględniona.

Izba stwierdziła, że zawarcie w Załączniku nr 7 do SIWZ - postanowienia § 20.2, określającego, że wprowadzenie zmian w umowie wskazanych w § 20.2 wymaga zawarcia aneksu w formie pisemnej pod rygorem nieważności, nie stanowi naruszenia prawa. Sposób wprowadzenia zmian do umowy w formie pisemnego aneksu jest trybem prawidłowym, biorąc pod uwagę, że umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga formy pisemnej. Zmiany takiej umowy mogą nastąpić wyłącznie w formie pisemnej, tj. w formie pisemnego aneksu do umowy, pod rygorem nieważności.

Izba podzieliła opinię Odwołującego, że terminy wejścia w życie i zakres zmiany wynagrodzenia, o którym mowa w art. 142 ust. 5 Pzp, winny być uzależnione od treści i daty wejścia w życie przepisów prawa, wprowadzających zmiany do regulacji dotychczasowych i nie powinny być zależne od woli jednej ze stron stosunku prawnego. Słuszne jest, w ocenie Izby, stanowisko, że przepis art. 142 ust. 5 Pzp ma na celu zapewnienie obu stronom umowy pewności, iż w razie zaistnienia zmiany stosownych przepisów, treść umowy zostanie odpowiednio dostosowana do tej zmiany. Temu służy zawarcie w SIWZ automatycznych mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Automatyzm tych mechanizmów polega jednak na tym, że konsekwencje zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp, muszą znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy, odpowiednio w terminie, w którym zmiany te weszły w życie. Jednocześnie waloryzacja wynagrodzenia określonego w umowie musi nastąpić w takim stopniu oraz w takim zakresie, w jakim wynika to ze zmiany przepisów oraz w jakim dotyczy danego wykonawcy, tj. z uwzględnieniem konkretnego (mierzalnego) wpływu zaistniałych zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych na wzrost (lub też obniżenie) kosztów realizacji zamówienia przez danego wykonawcę. Nie chodzi tu bowiem o zmiany wynagrodzenia, które nie mają swojego uzasadnienia w konkretnych warunkach realizacji zamówienia przez danego wykonawcę.

Ponieważ regulacja art. 142 ust. 5 Pzp odnosi się do umów długoterminowych, trwających powyżej 12 mies., to nie stanowi ograniczenia stosowania tego przepisu zastrzeżenie, że waloryzacja może nastąpić nie częściej niż co 12 mies. Zastrzeżenie takie uwzględnia bowiem cel wprowadzenia tej regulacji - wyłącznie w odniesieniu do umów trwających powyżej 12 mies. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, że zmiany przepisów wymagających waloryzacji wynagrodzenia są dokonywane częściej w ciągu roku.

Jak wskazano już wyżej, obowiązek wprowadzenia do umów zawieranych na okres dłuższy niż rok klauzul pozwalających na zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub zdrowotnym lub wysokości składek ZUS dotyczy umów, w których zmiana tych czynników cenotwórczych ma realny wpływ na koszt wykonania zamówienia. Zatem konieczna jest każdorazowo analiza i kalkulacja wpływu określonych zmian na koszt realizacji konkretnego zamówienia przez strony zawartej umowy. Na wykonawcy spoczywa np. obowiązek wykazania Zamawiającemu wpływu tych zmian na realne koszty ponoszone przez niego przy realizacji zamówienia. W powyższym zakresie Izba uznała za zasadne postanowienia SIWZ, w których Zamawiający wymaga złożenia uzasadnionego przez wykonawcę wniosku w zakresie waloryzacji wynagrodzenia.

Uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu dokonanie zmian w treści SIWZ Izba stwierdziła, że nieuzasadnione jest postanowienie zawarte w Załączniku nr 7 do SIWZ w § 20.1.8 Wzoru umowy, aby „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". W ocenie Izby, prowadzenie negocjacji jest nieuprawnione. Istotne jest wykazanie przez wykonawcę, że zmiana regulacji VAT ma wpływ na koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem, uzasadniony wniosek wykonawcy, przedstawiający kalkulację kosztów z uwzględnieniem zmiany przepisów, powinien stanowić podstawę do wyrażenia zgodny przez Zamawiającego na odpowiednią zmianę umowy.

Ponadto, zawarcie we wzorze umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ) postanowień § 20.3.1, 20.3.2 oraz § 20.5, zgodnie z którymi zmiana wynagrodzenia z powodów wskazanych w § 20.3 następuje na wniosek złożony przez wykonawcę, który może być uwzględniony przez Zamawiającego w całości, w części lub odrzucony, w ocenie Izby, stanowi ograniczenie w zakresie stosowania przepisu art. 142 ust. 5 Pzp w odniesieniu do prawa wykonawcy do waloryzacji wynagrodzenia.

Zamawiający wyjaśnił co prawda, że postanowienie § 20.3 o treści: „Zamawiający może uwzględnić złożony wniosek w pełnym lub częściowym zakresie lub też go odrzucić. W sytuacji uwzględnienia wniosku Strony w terminie 14 dni obowiązane są do podpisania aneksu do niniejszej umowy." uprawnia Zamawiającego wyłącznie do odrzucenia wniosku, który jest nieuzasadniony, jednak powyższe w żadnym stopniu nie wynika z treści tego postanowienia. Zamawiający nie wskazał w tym postanowieniu literalnie żadnej przesłanki odrzucenia wniosku wykonawcy ani też nie określił sytuacji, w której Zamawiający może w części nie uwzględnić wniosku złożonego przez wykonawcę.

Z uwagi na powyższe, w celu zapewnienia, że Zamawiający nie będzie podejmował

ww. decyzji w sposób arbitralny i nieuzasadniony, został on zobowiązany przez Izbę do jednoznacznego określenia w SIWZ warunków, w których wniosek wykonawcy będzie

podlegał uwzględnieniu w całości lub w części lub też odrzuceniu, zgodnie z zasadą obiektywizmu i przejrzystości prowadzonego postępowania. Obecne sformułowanie tego postanowienia dopuszcza nieuprawnioną swobodę decyzji Zamawiającego w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak

w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r., poz.

972).