

Łódź, dnia 25 listopada 2021 roku

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

Zamawiający: **Specjalistyczny Szpital Miejski im. Mikołaja Kopernika w Toruniu**
ul. Batorego 17/19, 87-100 Toruń
KRS: 0000002564
Tel.: +48 56 610 03 19
Faks: +48 56 610 03 06/+48 56 655 75 30
e-mail: dzp@med.torun.pl
www.med.torun.pl

Odwołujący: **„IZAN +” sp. z o.o.**
z siedzibą w Krakowie
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
KRS: 0000171397
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Żaklina Pasternak
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „ŚWIADCZENIE USŁUG W ZAKRESIE UTRZYMANIA CZYSTOŚCI, HIGIENY, PORZĄDKU ORAZ UTRZYMANIA CZYSTOŚCI I PORZĄDKU NA TERENIE ZEWNĘTRZNYM I PIELEGNACJI TERENÓW ZIELONYCH ORAZ TRANSPORTU WEWNĘTRZNEGO DLA SPECJALISTYCZNEGO SZPITALA MIEJSKIEGO IM. M. KOPERNIKA W TORUNIU”, ogłoszonego w suplemencie do dziennika urzędowego Unii Europejskiej w dniu 15 listopada 2021 roku pod numerem 2021/S 221-582892, numer referencyjny: SSM.DZP.200.143.2021.

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. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp”):

- I. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienie umowy, tj.
 - 1) zastrzeżenie rażąco wygórowanego limitu kar umownych;
 - 2) nieprawidłowe zastrzeżenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia;
 - 3) określenie ceny w wysokości 100% kryterium oceny ofert;
 - 4) opis przedmiotu zamówienia;

II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 Kc oraz art. 5 Kc w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kc** poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę,
2. **art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp** przez określenie w projektowanych postanowieniach umowy klauzuli przewidującej po stronie Zamawiającego prawo do ograniczenia zakresu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję w postępowaniu,
3. **art. 246 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez określenie kryterium ceny o wadze 100 %, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do określenia kryterium pozacenowego o wadze co najmniej 40%, z uwagi na fakt, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie określił wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia;
4. **art. 99 ust. 1 i 3 Pzp** poprzez zaniechanie określenia w opisie przedmiotu zamówienia powierzchni poszczególnych pomieszczeń objętych zakresem zamówienia, co powoduje, że brak jest podania wszystkich istotnych okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w takiej sytuacji uprzywilejowaną pozycję ma obecny wykonawca usługi, któremu taki parametr jest znany,

III. **Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania:**

- 1) *w zakresie zarzutu nr 1 – zmiany załącznika nr 2 do SWZ w jego § 9 ust. 14 przez ograniczenie wysokości zastrzeżonej tam łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, jakich może dochodzić Zamawiający, z wysokości 50% do wysokości 10%,*
- 2) *w zakresie zarzutu nr 2 - zmiany załącznika nr 2 do SWZ w jego § 12 ust. 3, poprzez ograniczenie maksymalnego zmniejszenia przedmiotu, z wysokości 30% do 20%,*
- 3) *w zakresie zarzutu nr 3 - zmiany ogłoszenia o zamówieniu w pkt. II.2.5) przez nadanie mu następującej treści:*

Kryteria określone poniżej

Cena – 60%

Posiadanie certyfikatu ISO 9001- 20% w zakresie kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wystawiony przez jednostkę akredytowaną– 20%

Posiadanie certyfikatu ISO 14001- 20% w zakresie kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wystawiony przez jednostkę akredytowaną– 20%

- 4) *w zakresie zarzutu nr 3 – zmiany załącznika nr 3 do SWZ przez nadanie mu następującej treści:*

Przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający kierować się będzie następującymi kryteriami z przypisaniem im odpowiednio wag:

- a)Cena – 60%*
- b)Certyfikat ISO 9001- 20%*
- c)Certyfikat ISO 14001-20%*

Ad. pkt. b Posiadanie certyfikatu Systemu Zarządzania Jakością wg wymagań normy ISO 9001 z zakresu kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wystawiony przez jednostkę akredytowaną – 20%

Ocena w oparciu o załączony do oferty certyfikat:

a) Posiadanie certyfikatu ISO 9001 z zakresu kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wystawiony przez jednostkę akredytowaną – 20 pkt

b) Brak certyfikatu ISO 9001 w ofercie – 0 pkt

Sposób oceny:

- posiadanie certyfikatu

W celu potwierdzenia posiadania w/w certyfikatów Wykonawca składa certyfikaty do oferty.

Ad. pkt. c Posiadanie certyfikatu Systemu Zarządzania Jakością wg wymagań normy ISO 14001 z zakresu kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wystawiony przez jednostkę akredytowaną – 20%

Ocena w oparciu o załączony do oferty certyfikat:

a) Posiadanie certyfikatu ISO 14001 z zakresu kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wystawiony przez jednostkę akredytowaną – 20 pkt

b) Brak certyfikatu ISO 14001 w ofercie – 0 pkt

Sposób oceny:

- posiadanie certyfikatu

W celu potwierdzenia posiadania w/w certyfikatów Wykonawca składa certyfikaty do oferty.

- 5) w zakresie zarzutu nr 4 – podania w treści załącznika nr 17 do SWZ powierzchni pomieszczeń objętych zakresem zamówienia,*

IV. Oświadczam, że Odwołujący posiada 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.

Uzasadnienie

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 15 listopada 2021 r.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie utrzymania czystości, higieny, porządku oraz utrzymania czystości i porządku na terenie zewnętrznym i pielęgnacji terenów zielonych oraz transportu wewnętrznego.

Poniżej Odwołujący podaje szczegółowe powody, dla których zarzuty odwołania znajdują uzasadnienie.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

W § 9 ust. 14 załącznika nr 2 do SWZ Zamawiający zastrzegł następujące postanowienie umowne:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych dochodzonych przez Zamawiającego od Wykonawcy na podstawie postanowień niniejszej Umowy nie może przekroczyć 50% wartości umowy brutto, określonej w § 6 ust. 1 niniejszej umowy.

Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 9 projektowanych postanowień umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany. Relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje bowiem zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego pozwoli mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

W konsekwencji, zastrzeżenie tak wygórowanego limitu kar umownych nie czyni zadość ustawie Pzp, gdyż widać wyraźnie, że równowaga kontraktowa stron została skrajnie zaburzona. Zamawiający korzysta w ten sposób z faktu, że umowy o zamówienie publiczne są nienegocjowalne co do treści. To nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W załączniku nr 2 do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy, §12 ust. 3 Zamawiający wskazał, co następuje:

Przedmiot umowy w czasie trwania niniejszej umowy może ulec zmniejszeniu, jednakże zmniejszenie przedmiotu umowy nie przekroczy 30% wartości umowy brutto, określonej w § 6 ust. 1 niniejszej umowy. W przypadku nie wykorzystania przez Zamawiającego całości wartości zamówienia Wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie.

Na skutek tak skonstruowanego postanowienia umownego wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż czasowe wyłączenia części powierzchni z realizacji zamówienia nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego. Wykonawca zobowiązany zaś jest ponieść określone koszty stałe, takie jak nabycie i utrzymanie określonej ilości środków czystości i sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali – koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości – w rezerwie – określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mogłyby wykorzystywać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości, a asortyment (np. zakupione środki czystości) może utracić datę przydatności do użycia.

W komentowanym projektowanym postanowieniu umowy Zamawiający przewidział możliwość wyłączenia części powierzchni z usługi sprzątnia, jednakże należy uznać, iż limit ograniczenia, narzucony przez Zamawiającego na poziomie 30% jest rażąco wysoki. Jednocześnie należy mieć na uwadze, iż ograniczenie na takim poziomie prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ doprowadza do sytuacji, w której tylko niektórzy wykonawcy, dysponujący silną sytuacją ekonomiczną (abstrahując od ich zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia) będą w stanie realizować usługę.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zamawiający wskazał w załączniku nr 3 SWZ, jako kryterium oceny ofert cenę o wadze 100%.

W myśl art 246 ust. 2 Pzp zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 Pzp (w tym Zamawiający), oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Wobec powyższego nie był uprawniony – w świetle art. 246 ust. 2 Pzp – do zaniechania określenia pozacenowego kryterium oceny ofert.

Należy wskazać, że zgodnie ze słusznym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, zamawiający wskazani w art. 4 pkt 1 i 2 .p.z.p. oraz związki tego rodzaju podmiotów (a więc m.in. jednostki sektora finansów publicznych, w tym SPZOZ) mogą zastosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, **jeżeli określa w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia.** Nowa regulacja znosi natomiast obowiązek wykazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia (art. 246 ust. 1 p.z.p.).

Zgodnie z rozdziałem III SWZ, opis przedmiotu zamówienia jest uszczegółowiony w kolejnych załącznikach do SWZ. Załączniki od 1 do 9 zawierają wprawdzie rozbudowany, ale jedynie harmonogram wykonania poszczególnych czynności w ramach utrzymania czystości poszczególnych pomieszczeń. Próżno szukać tu parametrów jakościowych; to tylko opis, jak często należy wykonać daną czynność, lecz bez dodania, w jaki sposób należy ją wykonać i jaki rezultat jakościowy ma zostać osiągnięty. Załącznik nr 10 zaś to raczej wykaz sprzętu niezbędnego do wykonania usługi aniżeli zbiór cech odnoszących się do jakości; nie dotyczy zresztą głównych elementów wykonywania przedmiotowego zamówienia, jakim jest usługa utrzymania czystości. Załącznik nr 11 zaś to wykaz obsady osobowej, czyli określenie obowiązku w ramach zakresu zamówienia, a nie jakości świadczonych usług. Załącznik nr 12 to ponownie proste uszczegółowienie jednej z usług, z podaniem harmonogramu jej wykonywania. Załącznik nr 13 wprawdzie opisuje jakość mat podłogowych, jednak trudno uznać to za określenie kryteriów jakościowych odnoszących się do istotnych części zamówienia. Załącznik nr 14 to ponownie wykaz sprzętu koniecznego do wykonania usługi, który co więcej podlega wypełnieniu przez wykonawcę. Załącznik nr 15 to ponownie harmonogram wykonania podanych tam usług. Załącznika nr 16 brakuje (?). Załączniki nr 17 i 18 to odpowiednio formularz cenowy i wyciąg z umowy najmu.

W konsekwencji, opis przedmiotu zamówienia nie zawiera niemal żadnych wskazań jakościowych. O jakości zamówienia będzie zatem decydować nie jakość, lecz doświadczenie wykonawcy. Złożone oferty będą zaś nieporównywalne jakościowo, gdyż nie ustalono ściśle pożądanych parametrów jakościowych. Fikcją jest zatem założenie, że cena może być jedynym kryterium oceny ofert, gdyż jakościowo oferty będą identyczne. W istocie zwycięży wykonawca oferujący najniższą cenę, niezależnie od zaoferowanej jakości. Wypacza to sens komentowanego przepisu.

Zamówienia mają ustalone wymagania jakościowe tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa, dostawa lub robota budowlana co do zasady będą identyczne. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek określić w opisie przedmiotu zamówienia wszystkie istotne cechy jakościowe zamówienia w taki sposób, aby oferowane usługi nie różniły się pomiędzy sobą pod względem jakościowym – spośród możliwych wariantów przedmiotu zamówienia zamawiający musi wybrać taki, w przypadku którego nie ma już różnic jakościowych stanowiących dodatkową korzyść dla zamawiającego. Wtedy uzasadnione jest stosowanie ceny jako dominującego kryterium oceny, skoro nie ma różnicy jakościowej pomiędzy oferowanymi przez wykonawców świadczeniami, a

różnica sprowadza się w zasadzie do ich ceny. (tak: w Twarowski Adam, Nowe PZP – opis przedmiotu zamówienia i kryteria oceny ofert z punktu widzenia świadczeniodawcy – LEX/el., 2020, komentarz praktyczny w LEX do art. 246 P.z.p.). W konsekwencji, aktualność zachowują dotychczasowe orzeczenia KIO, wypracowane na gruncie art. 91 ust. 2a ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia, jaka jest powierzchnia pomieszczeń, które mają być utrzymywane przez wykonawcę w ramach usługi utrzymania czystości. Tymczasem parametr ten, tzw. metraż, jest jednym z podstawowych parametrów cenotwórczych przy tego typu usługach. Wyznacza on bowiem choćby ilość niezbędnych do zakupu przez wykonawcę środków czystości i urządzeń, a także stosowną ilość personelu, jaka okaże się niezbędna do wykonania usługi. Niewątpliwie jest różnica przy oszacowaniu ceny dla powierzchni np. rzędu 100000 m² i powierzchni rzędu 50000 m².

W konsekwencji, nie zostało spełnione kryterium opisu przedmiotu zamówienia z art. 99 ust. 1 Pzp, tzn. Zamawiający nie podał wszystkich okoliczności istotnych dla sporządzenia oferty w postępowaniu. W konsekwencji, może się okazać, że złożone oferty będą zupełnie nieporównywalne, gdyż wykonawcy będą w różny sposób w przybliżeniu zakładać, z jakiego rodzaju wielkością powierzchni mogą mieć do czynienia. Działa to też na niekorzyść Zamawiającego, gdyż wykonawcy mogą w obawie przed niedoszacowaniem wielkości zamówienia zaoferować cenę wyższą niż gdyby znali dokładną powierzchnię.

Co więcej, taki kształt opisu przedmiotu zamówienia jest niezgodny z art. 99 ust. 3 Pzp, gdyż stawia w uprzywilejowanej pozycji obecnego wykonawcę tej usługi. Mamy do czynienia z usługą cykliczną, wykonywaną stale, a zatem jeśli obecny jej wykonawca będzie zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu, to w braku podania do wiadomości wszystkich wykonawców dokładnej wielkości przedmiotu zamówienia to on będzie miał przewagę, gdyż zapewne na skutek codziennego wykonywania tej usługi wartość ta jest mu dobrze znana. W jego wypadku odpada zatem wyżej wspomniane ryzyko niedoszacowania wielkości przedmiotu zamówienia.

Ponadto, podany w formularzu cenowym sposób wyliczenia ceny, bez wspomnianego parametru, jest nieprzejrzysty. Bez odniesienia się wprost do powierzchni, wykonawca będzie na wycucie podawał cenę za wykonanie usługi przez 1 miesiąc. To zaś zdecydowanie utrudni, jeśli nie uniemożliwi jakiegokolwiek zbadanie ofert pod kątem występowania w nich rażąco niskiej ceny. Całkiem możliwe zatem, że dojdzie do zmanipulowania ceną ofertową w celu pozyskania zamówienia, gdyż obecny opis przedmiotu zamówienia nie chroni przed tym Zamawiającego i rzetelnych wykonawców.

W załączeniu:

1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.

