

Łódź, dnia 25 października 2021 roku

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

Zamawiający: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Wieluniu**
ul. Szpitalna 16, 98-300 Wieluń
KRS: 0000022938
Tel.: +48 438406800
Faks: +48 438406801
E-mail: sekretariat@szpital-wielun.pl
www.szpital-wielun.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 w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Usługi w zakresie sprzątnięcia i dezynfekcji pomieszczeń oraz transportu wewnętrznego w SPZOZ w Wieluniu”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 13 października 2021 roku pod numerem: 2021/S 199-519332, numer referencyjny: SPZOZ-ZP/2/24/242/11A/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 postanowienia umowy, tj.:
- 1) określenie ceny w wysokości 100% kryterium oceny ofert;
 - 2) zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych oraz rażąco wygórowanego limitu kar umownych,

II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **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;

2. art. 436 pkt 3 Pzp w zw. 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.

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ poprzez:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 – zmiany ogłoszenia o zamówieniu w pkt. II.2.5) przez nadanie mu następującej treści:

Kryteria określone poniżej

Cena – 60%

Posiadanie certyfikatu ISO 14001 w zakresie utrzymania czystości i dezynfekcji w jednostkach służby zdrowia, wystawiony przez jednostkę akredytowaną – 40%

- 2) w zakresie zarzutu nr 1 – zmiany SWZ w rozdziale XVIII, pkt. 1 przez nadanie mu następującej treści:

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

Cena – 60%

Posiadanie certyfikatu ISO 14001 w zakresie utrzymania czystości i dezynfekcji w jednostkach służby zdrowia, wystawiony przez jednostkę akredytowaną – 40%

Oferty będą oceniane w odniesieniu do najkorzystniejszych danych przedstawionych przez Wykonawców odpowiednio w zakresie kryterium, w następujący sposób:

- 1) *Kryterium cena – 60%: Oferta z najniższą ceną brutto otrzyma maksymalną ilość punktów, a pozostałym ofertom zostanie przypisana odpowiednio mniejsza liczba punktów, zgodnie ze wzorem:*

Oferta o najniższej cenie brutto

$$C = \left(\frac{\text{Cena brutto oferty badanej}}{\text{Cena brutto oferty badanej}} \right) \times 100 \text{ pkt} \times \text{waga kryterium tj. } 60 \%$$

gdzie: C - wartość punktowa badanej oferty

- 2) *Kryterium posiadanie certyfikatu ISO 14001 – 40 %. Ocena w oparciu o załączony do oferty certyfikat:*

c) *Posiadanie certyfikatu Systemu Zarządzania Środowiskowego ISO 14001:2015 – 40 pkt*

d) *Brak certyfikatu w ofercie – 0 pkt*

Sposób oceny:

W celu potwierdzenia posiadania w/w certyfikatu Wykonawca składa aktualny certyfikat do oferty.

- 3) w zakresie zarzutu nr 2 – zmiany SWZ w załączniku 4 do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy w § 7 ust. 8 przez nadanie mu następującej treści:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony w związku z realizacją niniejszej umowy nie może przekroczyć 10% wartości umowy brutto, o której mowa w § 4 ust. 4.

- 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 13 października 2021 r.

Zamawiający ustanowił w postępowaniu jedno kryterium oceny ofert – cenę (waga 100%).

Ponadto, w projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający przewidział, że łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, wynosi 25% wartości umowy brutto.

Odwołujący kwestionuje zgodność z prawem powyższych kwestii, ze względów w sposób szczegółowy przedstawionych poniżej.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zamawiający wskazał w rozdziale XVIII pkt 1 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 określą 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.).

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.

W kontekście powyższego należy zauważyć następujące fakty.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 1 do SWZ – SOPZ. Wskazano w nim m. in. minimalne wymagania prawne realizacji usługi (pkt I.1-3), podstawowe kwestie organizacyjne (pkt I.3-12). Pkt II tego załącznika to wykaz powierzchni, bez żadnych wskazań jakościowych. Pkt III zawiera ogólne warunki wykonywania usługi sprzątnia, który stanowi raczej instrukcję postępowania, aniżeli wyznacza standardy jakościowe; znajdują się tam też stwierdzenia niewnoszące żadnej nowej treści, a wynikające z postanowień prawa i norm technicznych, np.: *W Oddziale Noworodkowym i Dziecięcym Wykonawca może zastosować wyłącznie środki dezynfekcyjne i myjąco – dezynfekcyjne posiadające dopuszczenie do stosowania w tych oddziałach.* Znajdują się tam też stwierdzenia wskazujące na negocjowalność środków używanych do utrzymania czystości przez wprowadzenie zamiast obiektywnych kryteriów prostego wymogu zgody zamawiającego, ppkt 23: *Zaproponowane przez Wykonawcę środki do dezynfekcji muszą być zaakceptowane na piśmie przez Zamawiającego. Wykonawca może dokonać zmiany środków dezynfekcyjnych na inne wyłącznie za zgodą Zamawiającego.* Nie ma mowy zatem w tym względzie o ustaleniu wymogów jakościowych przez Zamawiającego. Pkt IV z kolei zawiera szczegółowy opis tych czynności, jednakże w dalszym ciągu bez wyznaczenia ram jakości; np.: *Dostarczanie i sukcesywne uzupełnianie mydła i środków do dezynfekcji rąk w pojemnikach kompatybilnych/pasujących do dozowników zamontowanych na SOR , a także mydła w płynie w salach chorych (uzupełnianie dozowników poprzez dolewanie) i innych miejscach w szpitalu, kostek toaletowych, ręczników listkowych papierowych, papieru toaletowego w dozownikach i podajnikach zlokalizowanych w pomieszczeniach, które obejmuje zakres usługi.* Jak widać z powyższego, przez wymaganie dostarczania na bieżąco mydła i papieru toaletowego brak jest jakichkolwiek wskazań jakościowych tych produktów, co pozostawia wykonawcy dowolność. Różnorodność tego typu

produktów na rynku pod względem jakości jest zaś znana niemal każdemu konsumentowi. Załączniki 1.2-1.5 także nie zawierają szczegółów co do tych kwestii, gdyż stanowią one jedynie wykaz powierzchni i harmonogram wykonania usługi.

W konsekwencji, to nie opis przedmiotu zamówienia w tym konkretnym przypadku dyktuje jakość, lecz będzie ją dyktowało doświadczenie wykonawcy. Istnieje rozległe orzecznictwo wskazujące, że w przypadku usług polegających na fizycznym wykonaniu świadczenia o niemierzalnym z absolutną dokładnością rezultacie – tj. takich jak przedmiotowe usługi - nie ma możliwości udzielenia zamówienia jedynie na podstawie kryterium ceny, gdyż o jakości najczęściej decydują indywidualne właściwości wykonawcy; i tak orzeczenie GKO z 26.4.2018 r., BDF1.4800.13.2018, Legalis – *"Zamówienia na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu nie można zaliczyć do kategorii "prostych, nieskomplikowanych usług". Przy wykonywaniu usługi inżyniera kontraktu istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na podobnych inwestycjach. Usługi tej nie może zatem świadczyć każdy podmiot, lecz tylko ten, który – poza posiadaniem uprawnień budowlanych – spełnia także inne warunki, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia. Należy więc uznać, że nieprawidłowe jest działanie zamawiającego, który wybiera kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w tej materii"*; uchwała KIO z 11.10.2016 r., KIO/KD 62/16, Legalis – *"Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Jeżeli przedmiot zamówienia nie jest powszechnie dostępny oraz nie ma ustalonych standardów jakościowych, zamawiający nie może innym niż cena kryteriom oceny ofert przypisać znaczenia, które wskazywałoby na zamiar uniknięcia stosowania art. 91 ust. 2a PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 246]. Przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny, gdy służy każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. O dostępności usługi nie świadczy to, od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy"*; uchwała KIO z 19.9.2016 r., KIO/KD 57/16, Legalis – *"Do kategorii usług "o ustalonym standardzie jakościowym" możemy zaliczyć "usługi, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Tym samym każde zamówienie, które będzie wymagało sporządzenia obszernego opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenia do umowy klauzul w miarę szczegółowo regulujących sposób wykonania, z założenia nie będzie posiadało ustalonych standardów jakościowych – będzie je trzeba dopiero ustalić indywidualnie. Podobnie narzędziem do ustalenia minimalnego standardu usługi – a przynajmniej próby takiego ustalenia – jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz kwalifikacji jego personelu."* Podobnie KIO w wyroku z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1270/20.

Podsumowując ten wątek, należy zauważyć, że wykładni przepisu art. 246 ust. 2 P.z.p. nie można sprowadzić do prostego rozumowania, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia równa się określeniu wymogów jakościowych. Istnieje bowiem jednocześnie przepis art. 99 ust. 1 P.z.p., który stanowi, że *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeśli zatem dany zamawiający nawet opisuje*

przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący, to nie jest równoznaczne z tym, że opisał wymagania jakościowe stosownie do art. 246 ust. 2. Gdyby bowiem opis przedmiotu zamówienia nie był wyczerpujący, to zamawiający naruszyłby nie art. 246 ust. 2 P.z.p., lecz art. 99 ust. 1 P.z.p. Nie do przyjęcia byłoby zatem stanowisko, że wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który z natury rzeczy określa jedynie **minimalne** wymogi wykonania zamówienia, nieokreślający wymogów jakościowych wykraczających **ponad** te minimalne wymogi, świadczy o zachowaniu przepisu art. 246 ust. 2 P.z.p. Potwierdza to komentarz Arkadiusza Szyszkowskiego: *Brak ustawowej definicji pojęcia „wymagania jakościowe”, zważywszy, że jest to część opisu przedmiotu zamówienia, oznacza jednak wprowadzenie do OPZ parametrów odnoszących się do jakości.* (Szyszkowski Arkadiusz, *Tryb podstawowy w nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych. Analiza praktyczna*, C.H. Beck, 2021, wyd. 1, [w]: rozdział II, pkt 2.1.).

Na marginesie, Odwołujący podkreśla, że zgodnie ze słusznym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, [...] określenie w nowym ZamPublU takiej możliwości jako wyjątku od zasady powoduje, że przepis ten będzie podlegał ścisłej wykładni, a na zamawiającym będzie spoczywał ciężar dowodowy wykazania prawidłowości określenia w taki sposób kryteriów oceny ofert. (Jaworska Marzena, *Kryteria oceny ofert - stan obecny i nowe Prawo zamówień publicznych, Zamówienia Publiczne Doradca*, 2020, Nr 3, [w]: *Kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert*).

Wobec powyższego Zamawiający w ocenie odwołującego miał obowiązek określenia co najmniej jednego (lub więcej) dodatkowego pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40%, zgodnie z art. 246 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust 1 pkt 1 Pzp. Według jego treści Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 p.z.p (w tym Zamawiający) oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

Odwołujący wskazuje, że jeśli intencją Zamawiającego jest postawienie na jakość przedmiotu zamówienia, zasadne jest odwołanie się do uzyskania przez wykonawców stosownego certyfikatu, np. ISO 14001. Oznaczenia czy etykiety, wprost dopuszczone przez ustawodawcę z Pzp, służą właśnie wyznaczeniu ram jakości produktu czy usługi, w sposób obiektywny zatwierdzonych przez niezależną jednostkę certyfikującą. Zdobywanie stosownego certyfikatu zawsze wymaga wykazaniem się odpowiednim poziomem jakości przez taką jednostką, wdrożonym u wykonawcy na szczeblu organizacyjnym. Premiowanie wykonawców, którzy zadali sobie trud zdobycia takiej akredytacji przez przyznanie im ofertom więcej punktów na etapie oceny ofert umożliwi Zamawiającemu zagwarantowanie uzyskania stosownej jakości.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W § 7 ust. 8 załącznika nr 4 do SWZ Zamawiający zastrzegł następujące postanowienie umowne:

Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony w związku z realizacją niniejszej umowy nie może przekroczyć 25% wartości umowy brutto, o której mowa w § 4 ust.4.

Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 7 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, uznać należy, że ustalenie górnego limitu kar umownych na poziomie 25% wartości umowy brutto prowadzi do jedynie formalnego spełnienia treści art. 436 pkt 3 Pzp, podczas gdy wyraźnie intencją tego przepisu było skłonienie zamawiających do ustalenia limitu realnego, możliwego do wyegzekwowania od wykonawcy, a jednocześnie stymulującego do zapobieganiu nakładania kar umownych. Pzp zawiera ogólne zasady, takie jak art. 16, które wyznaczają sposób wykładni tego typu postanowień. Podkreślić należy, że zamysł ustawodawcy wyraźnie sprzeciwia się nakładaniu na wykonawców konsekwencji mogących prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji. Ustalony przez Zamawiającego górny pułap kar umownych jest zatem rażąco wygórowany i faworyzuje wykonawców o silnej pozycji ekonomicznej zamiast promować wykonawców prezentujących swoją dotychczasową działalnością i kompetencjami stosowne doświadczenie i jakość.

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.