

Łódź, dnia 19 grudnia 2022 roku

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

**Zamawiający:** **Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie**  
ul. Wołoska 137, 02-507 Warszawa  
KRS: 0000133822  
Tel.: +48 225081821  
Fax: +48 225081803  
e-mail: zamowieniapubliczne@cskmswia.gov.pl  
<https://www.gov.pl/web/cskmswia>

**Odwołujący:** „IZAN +” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
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 – Klaudię Bartczyk  
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Usługa w zakresie sprzątania budynku, utrzymania terenów zielonych, sprzątania i odśnież chodników, dla potrzeb CSK MSWiA w Warszawie, Poliklinika w Radomiu ul. Orłąt Lwowskich 5”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 7 grudnia 2022 pod numerem: 2022/S 236-680432, numer referencyjny: CSKDZPiM-2375/25/11/01/2022.

## **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 „P.z.p.”):

I. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. na:

- a. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert,
- b. projektowane postanowienia umowy.

II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

II.a) **art. 240 ust. 1 i 2 P.z.p w zw. z art. 242 ust. 1 P.z.p. w zw. art. 16 pkt 1-3 P.z.p** poprzez określenie w 20 rozdziale "Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) kryterium - jakość usługi - Częstotliwość mycia okien w okresie trwania umowy (min 2 razy) oraz kryterium – jakość usługi - Częstotliwość

akrylowania posadzek (min 2 razy) – podczas, gdy Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców dotyczących wszystkich podkryteriów, a więc tak określona kryteria stanowią obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert;

- II.b) **art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c.** poprzez wyłączenie możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy po pierwszych 6 miesiącach obowiązywania umowy i uzależnienie waloryzacji od upływu 12 miesięcy obowiązywania umowy, które to postanowienie jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa;

### III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1.w zakresie zarzutu nr 1 – uzupełnienie kryterium „Częstotliwość mycia okien w okresie trwania umowy (min 2 razy)” oraz kryterium „Częstotliwość akrylowania posadzek (min 2 razy)” o obiektywny sposób ich weryfikacji,

proponujemy:

- a) zmianę w rozdziale 20 ust. 2 nr kryterium 2 i 3 poprzez usunięcie dotychczasowej treści i nadanie mu brzmienia:

#### **nr kryterium 2 Częstotliwość mycia okien w okresie trwania umowy (min 2 razy)**

*To kryterium będzie rozpatrywane na podstawie poświadczeń wystawionych przez jednostkę , w której dany Wykonawca zdobył określone doświadczenie*

- a) Zapewnienie i wyznaczenie jednej osoby posiadającej doświadczenie w profesjonalnym myciu okien – 10 pkt
- b) Zapewnienie i wyznaczenie dwóch osób posiadających doświadczenie w profesjonalnym myciu okien – 20 pkt

*Na poświadczenie powyższego kryterium należy dołączyć do oferty certyfikaty/zaświadczenia wydane przez jednostki zewnętrzne o odbytych szkoleniach z zakresu profesjonalnego mycia okien*

#### **nr kryterium 3 Częstotliwość akrylowania posadzek (min 2 razy)**

*To kryterium będzie rozpatrywane na podstawie poświadczeń wystawionych przez*

*Na poświadczenie powyższego kryterium należy dołączyć do oferty potwierdzenie, z co najmniej 1 placówki medycznej (wystawione przez podmiot) w której dany wykonawca świadczy/świadczył usługę utrzymania czystości, iż dany wykonawca wykonuje/ wykonywał usługę polimeryzacji podłóg w sposób profesjonalny z użyciem antypoślizgowych preparatów odpornych na dezynfekcję a nałożona powłoka tworzyła twardą i wytrzymałą na uszkodzenia warstwę – 20 pkt*

2. w zakresie zarzutu nr 2 - zmiany treści załącznika nr 8 do SWZ poprzez nadanie mu brzmienia w § 15 ust. 5: „Wniosek o podwyższenie lub obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy może zostać złożony w okresie obowiązywania umowy. Pierwszy wniosek może zostać złożony nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od zawarcia umowy. W celu uniknięcia wątpliwości, występowanie o zmianę wynagrodzenia nie jest możliwe, jeśli nie upłynął okres wskazany w zdaniach poprzedzających.”

**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 P.z.p.

### **Uzasadnienie**

W dniu 7 grudnia 2022 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług w zakresie usługi przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów Szpitala.

Postępowanie prowadzone jest z naruszeniem P.z.p., z przyczyn szczegółowo niżej podanych.

#### **Uzasadnienie zarzutu nr 1**

W punkcie 20.2 rozdziału 20 SWZ „OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT” Zamawiający wskazał, że jednym z kryterium oceny ofert będzie Częstotliwość mycia okien w okresie trwania umowy (min 2 razy) oraz Częstotliwość akrylowania posadzek (min 2 razy).

W ocenie odwołującego kryterium jakościowe odnoszące się do Częstotliwość mycia okien w okresie trwania umowy (min 2 razy) o wadze 20 % oraz Częstotliwość akrylowania posadzek (min 2 razy) o wadze 20 % weryfikowane na podstawie formularza oferty Wykonawcy stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe, obiektywne porównanie ofert a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne.

Opisany wyżej sposób oceny ofert w zakresie w.w. kryteriów nie przewiduje żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie w tym przedmiocie. Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone w Formularzu oferty.

Zgodnie z art. 240 ust. Pzp Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, których spełnienie przez ofertę wykonawcy da się obiektywnie zweryfikować jeszcze przed przyznaniem jej stosownej liczby punktów.

Zamawiający tworząc kryteria oceny ofert, musi kierować się zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Konieczność weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny

ofert w momencie ich składania stanowi warunek sine qua non równego traktowania wykonawców, a zatem kryteria te nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy niesprawdzalnych na tym etapie zobowiązań. Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert to de facto nie jest to w ogóle kryterium oceny ofert. Zamawiający nie może, opierać się na nieweryfikowalnych deklaracjach zawartych w ofertach. Chodzi nie tylko o to, że zamawiający powinien powziąć przekonanie o tym, że zamówienie zostanie wykonane należyście i zgodnie z potrzebami zamawiającego, ale również zapobiegnie ewentualnym patologiom polegającym na tym, iż najdalej idące deklaracje mogą składać firmy niewiarygodne, niemające zamiaru dochować przyjętych zobowiązań. Dlatego zamawiający powinien wymagać od wykonawców wykazania, iż oferowane parametry zamówienia zostaną dochowane.

**Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w wyroku z 18 grudnia 2020 r. XXIII Ga 1350/20 oraz ora w wyroku z 23 czerwca 2021 r., sygn. XXIII Zs 35/21):**

- **Podzielając powyższe poglądy sąd okręgowy stoi na kategorycznym stanowisku, wyrażonym już z resztą w wyroku wydanym przez tut. sąd w innym składzie, iż obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).**

- **Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert to de facto nie jest to w ogóle kryterium oceny ofert.**

Tezy powyższego wyroku odnoszą się w pełni do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie. I tutaj – opis przedmiotu oceny ofert zakłada przyznawanie punktów w kryterium jakościowym wyłącznie za nieweryfikowalne deklaracje na przyszłość.

Co więcej, takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert, w którym Zamawiający zakłada ocenę ofert na podstawie niezweryfikowanych deklaracji stoi w sprzeczności zarówno z celem ustawodawcy, jak i prawodawcy unijnego. Na skutek przyjęcia pakietu dyrektyw zamówieniowych z 2014 r., które wtórnie implementuje Pzp z 2019 r., zamawiający są konsekwentnie zachęceni do stosowania kryteriów jakościowych obok kryteriów cenowych. Stosowanie nieweryfikowalnych kryteriów jakościowych, które nie dość, że nie mają rzeczywistego wpływu na wynik postępowania, to następnie wielokrotnie nie są realizowane na etapie realizacji zamówienia, sprowadza zamówienia publiczne z powrotem do rywalizacji cenowej między wykonawcami.

W dyrektywie klasycznej (dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych) w motywie 92 wskazano, co następuje: Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Odpowiada temu treść art. 67 ust. 4 w/w dyrektywy: Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować

przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów. Jak zatem widać, prawodawca europejski wskazał wyraźnie, że państwa członkowskie powinny tak implementować dyrektywę, aby skutecznie weryfikować deklaracje ofertowe w zakresie kryteriów jakościowych.

Również wśród przedstawicieli doktryny stanowisko Skarżącego znajduje swoje poparcie. Jak trafnie zauważa J. Pieróg: "Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych." (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis).

Powyższe potwierdziła również KIO w ostatnim z wyroków z dnia 7 listopada 2022 r. o sygn. akt: KIO 2807/22, która w pełni podzieliła stanowisko prezentowane przez Sąd Okręgowy i Odwoławczego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastrzeżone kryteria odnoszące się do Częstotliwość mycia okien w okresie trwania umowy (min 2 razy) o wadze 20 % oraz kryterium „Częstotliwość akrylowania posadzek (min 2 razy) o wadze 20 % jest w chwili obecnej nieweryfikowalne i należy uzupełnić je o obiektywny sposób jego weryfikacji, którego propozycję zawarto w pkt III petitum.

## **Uzasadnienie zarzutu nr 2**

Na podstawie art. 44 ust. 1 lit.) ustawy z dnia 7 października 2022 roku o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz.U. 2022, poz. 2185) zmieniono brzmienie art. 439 ust. 1 ustawy P.z.p. Wyżej wymieniony przepis wszedł w życie w dniu 10 listopada 2022 roku. W znowelizowanym przepisie przewidziano obowiązek zmiany przez Zamawiającego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy nie tylko (jak przed zmianą) w umowach na roboty budowlane lub usługi, lecz także dostawy, i których okres obowiązywania przekracza 6 miesięcy (a nie – jak wcześniej – 12 miesięcy).

*Zgodnie z ww. przepisem, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

Tymczasem w § 15 ust. 5 projektowanych postanowień umowy, wskazano, że: „*Wniosek o podwyższenie lub obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy może zostać złożony w okresie obowiązywania umowy. Pierwszy wniosek może zostać złożony nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od zawarcia umowy. W celu uniknięcia wątpliwości, występowanie o zmianę wynagrodzenia nie jest możliwe, jeśli nie upłynął okres wskazany w zdaniach poprzedzających.*”.

Przedmiotowa umowa dotycząca usługi utrzymania czystości w obiektach **Centralnego Szpitala Klinicznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie** ma być

zawarta na okres 24 miesięcy. Mając na względzie aktualnie brzmienie art. 439 ust. 1 P.z.p., należy uznać, że powinna ona umożliwiać waloryzację wynagrodzenia wykonawcy po upływie 6 miesięcy jej obowiązywania. Terminy waloryzacji określone aktualnie w umowie stoją w sprzeczności ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji i stanowią przejaw nadużycia praw Zamawiającego jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum odwołania.

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.