

Łódź, dnia 19 czerwca 2023 roku

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

Zamawiający: **Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku**
ul. Jerzego Waszyngtona 17, 15-274 Białystok
NIP: 5422534063
KRS: 0000002628
Tel.: +48 857450595
Faks: +48 857450595
e-mail: zp@udsk.pl
www: <https://udsk.pl/zp>

Odwołujący: **Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź
KRS: 0000510909
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

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

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne na świadczenie usług pn: *"Usługa obejmująca utrzymanie czystości w obiektach Zamawiającego, czynności pomocnicze przy obsłudze pacjentów, transport wewnętrzny oraz obsługę szatni i portierni."*, prowadzonego przez Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofs w Białymstoku, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 7 czerwca 2023 pod numerem: 2023/S 108-340399 numer referencyjny: PN-28/23/21.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Naprzód Hospital 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, tj. na:
 - a) określenie ceny jedynym kryterium oceny ofert,
 - b) niezgodne z prawem projektowane postanowienia umowy - brak określenia minimalnego progu wykonania Umowy
- II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:
 1. **art. 246 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez określenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, 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. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ K.c.** przez brak określenia w projekcie umowy minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia Wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający, pomimo ustawowego obowiązku w treści art. 433 pkt 4 Pzp.

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1 – wprowadzenia kryterium pozacenowego o wadze co najmniej 40%
proponujemy zmianę:
 - a) Sekcji II pkt. II.2.5) ogłoszenia o zamówieniu poprzez dodanie słów „Program kontroli jakości utrzymania czystości”,
 - b) rozdziału XXIII specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) przez nadanie mu następującej treści:

„1. KRYTERIA, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERT I SPOSÓB OCENY OFERT:

1. Cena – 60 %

2. Program kontroli jakości utrzymania czystości – 40%

Zamawiający oczekuje wprowadzenia w terminie do 6 miesięcy od podpisania umowy Programu kontroli jakości utrzymania czystości w Szpitalu zgodnie z wytycznymi WHO, bazującego na wytycznych Centers for Disease Control nad Prevention.

Program umożliwi Zamawiającemu na podstawie wytycznych CDC opracowanie szczegółowych protokołów czyszczenia i dezynfekcji dla różnych obszarów Szpitala. Określi częstotliwość czyszczenia, rodzaje środków czystości i techniki stosowane przy czyszczeniu. Wprowadzenie systemu monitorowania, umożliwi śledzenie przestrzegania procedur czyszczenia i dezynfekcji a także opracowanie procedur raportowania incydentów związanych z brakiem przestrzegania procedur lub wystąpieniem zakażeń związanych z utrzymaniem czystości.

Program obejmuje ocenę czystości powierzchni przeprowadzaną przy pomocy żelu fluorescencyjnego i światła UV, wprowadzenie danych do dedykowanego programu/aplikacji oraz uzyskanie raportu kontrolnego.

Zamawiający przyzna 40 pkt. Wykonawcy, który:

1) Oświadczy, że wdroży Program w terminie do 6 miesięcy od podpisania umowy (Oświadczenie Wykonawcy)

oraz

2) wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, wprowadził i obsługiwał na rzecz podmiotów leczniczych nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy system kontroli jakości utrzymania czystości opierający się na ocenie czystości powierzchni przeprowadzonej przy pomocy żelu fluorescencyjnego (2ml) i światła UV, wprowadzeniu danych do dedykowanego programu/aplikacji oraz uzyskanie raportu kontrolnego, bazujący na wytycznych Centers for Disease Control and Prevention

Potwierdzeniem spełnienia powyższego kryterium będzie złożone oświadczenie oraz dołączenie przykładowych raportów monitorujących poziom higieny szpitalne ze Szpitala

Brak załączenia oświadczenia i raportów monitorujących poziom higieny szpitalne = 0 pkt."

2. w zakresie zarzutu nr 2 zmianę rozdziału XXVI SWZ - Wzór Umowy w § 9 ust. 4 poprzez nadanie mu następującej treści: "4. W przypadku zmniejszenia lub zwiększenia powierzchni użytkowej wartość umowy za wykonanie usługi za 1 miesiąc podlega zmniejszeniu lub zwiększeniu proporcjonalnie, od momentu wyłączenia lub włączenia powierzchni na podstawie ceny zaoferowanej w druku ofertowym. Powyższa zmiana zakresu świadczonej usługi może mieć miejsce w przypadku prac remontowych, rozbudowy obiektu lub wyłączenia części powierzchni z eksploatacji. Łączne zmniejszenie powierzchni objętej usługą nie może prowadzić do zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy o więcej niż 20% wartości umowy brutto określonej w § 7 ust. 1".

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

W dniu 7 czerwca 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług w zakresie obejmujących utrzymanie czystości w obiektach Zamawiającego.

Wobec tego Odwołujący zachował termin do wniesienia niniejszego odwołania określony w art. 515 Pzp.

Postępowanie prowadzone jest z naruszeniem Pzp, z przyczyn szczegółowo niżej podanych.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zamawiający określił w Rozdziale XXIII - KRYTERIA, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERT I SPOSÓB OCENY OFERT SWZ, że cena stanowi wyłączne kryterium oceny ofert.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu był zobowiązany do zastosowania pozacenowego kryterium o wadze co najmniej 40%.

Zamawiający – jako samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej jest jednostką sektora finansów publicznych – zgodnie z art. 9 pkt 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2009 Nr 157 poz. 1240 ze zm.). Wobec powyższego Zamawiający był zobowiązany – stosownie do art. 246 ust. 1 Pzp w zw. z art. 4 ust. 1 Pzp – do zastosowania ceny jako kryterium nieprzekraczającego wagę 60%.

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 n.Pzp. 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 n.Pzp.).

Zamówienia mają „ustalone standardy 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 oferowany produkt nie różnił 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. (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 Pzp.). W konsekwencji, aktualność zachowują dotychczasowe orzeczenia KIO, wypracowane na gruncie art. 91 ust. 2a ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Podsumowując ten wątek, należy zauważyć, że wykładni przepisu art. 246 ust. 2 Pzp. nie można sprowadzić do prostego rozumowania, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia równa się określeniu wymogów jakościowych. Istnieje bowiem jednocześnie przepis art. 99 ust. 1 Pzp., 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 Pzp., lecz art. 99 ust. 1 Pzp. 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 Pzp. 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 Pzp (w tym Zamawiający) oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

UZASADNIENIE PROPOZYCJI KRYTERIUM OCENY OFERT

W doktrynie słuszne podkreśla się, że wykonawcy powinni mieć pełną świadomość w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tylko bowiem wówczas będą mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Z tych też względów zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach (tak: D. Grześkowiak-Stojek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91.*, pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis). 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). Kryteria oceny ofert oraz sposób ich tworzenia i oceny ofert na ich podstawie mają zasadnicze znaczenie dla systemu zamówień publicznych, bowiem to w oparciu o nie zamawiający decyduje komu udzieli

zamówienia. Z tych względów zamawiający musi odpowiednio wcześniej przemyśleć i wskazać wszystkie kryteria, które uważa za istotne, a które powinny spowodować, że wybierze właściwą ofertę (M. Meducki, ZPDORADCA 2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Podkreślenia wymaga, że istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów pzp powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1 pzp (aktualnie art. 16 pkt 1) pzp), stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. 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. W wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 35/21 Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, że:

*„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).**”*

Odwołujący zgadza się w pełni ze słusznym stanowiskiem Sądu, wyrażonym w powyższym wyroku oraz w przytoczonym w jego treści wyrokiem tego samego Sądu z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20. Brzmienie art. 91 ust. 2d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, obecnie znajdujące się w art. 240 ust. 2 Pzp z 2019 r., w definitywny sposób bowiem zobowiązuje zamawiających do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, których spełnienie przez ofertę wykonawcy da się obiektywnie zweryfikować jeszcze przed przyznaniem jej stosownej liczby punktów. Warto przy tym podkreślić, że Sąd Okręgowy w Warszawie, który wydał wyżej przytoczone wyroki, stanowi instancję odwoławczą w stosunku do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 580 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, stwierdzić należy, że ukształtowała się linia orzecznicza, która potwierdza stanowisko Odwołującego, co przesądza o zasadności odwołania i poprawności zgłoszonej propozycji kryteriów pozacenowych.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W Rozdziale XXVI SWZ - Wzór Umowy w § 7 ust. 7 Zamawiający zastrzegł: *"W przypadku zmiany powierzchni sprzątanej strony sporządzą aneks określający rzeczywistą ilość metrów kwadratowych objętych usługą wraz z wynagrodzeniem miesięcznym."* Natomiast w § 9 ust. 4 wskazano: *"4. W przypadku zmniejszenia lub zwiększenia powierzchni użytkowej wartość*

umowy za wykonanie usługi za 1 miesiąc podlega zmniejszeniu lub zwiększeniu proporcjonalnie, od momentu wyłączenia lub włączenia powierzchni na podstawie ceny zaoferowanej w druku ofertowym. Powyższa zmiana zakresu świadczonej usługi może mieć miejsce w przypadku prac remontowych, rozbudowy obiektu lub wyłączenia części powierzchni z eksploatacji."

(...)

Zgodnie natomiast z art. 433 pkt 4 Pzp:

„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

[...]

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron."

Mając na względzie powyższe Zamawiający naruszył treść art. 433 pkt 4 Pzp nie wskazując minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Wykonawcy o jakie może Zamawiający ograniczyć zamówienie w trakcie jego wykonywania.

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego 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.