

Łódź, dnia 10 listopada 2023 roku

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

Zamawiający: 7 Szpital Marynarki Wojennej z Przychodnią Samodzielny Publiczny
Zakład Opieki Zdrowotnej Imienia Kontradmirała
Profesora Wiesława Łasińskiego w Gdańsku
z siedzibą w Gdańsku
ul. Polanki 117, 80-305 Gdańsk
KRS: 0000011955, NIP: 5842334017
Tel.: 585526407, Faks: 585526457
E-mail: przetargi@7szmw.pl
www.7szmw.pl

Odwołujący: „IZAN +” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Krakowie
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
KRS: 0000171397; NIP: 7960001798
Tel. +48 42 640 57 77; Fax: +48 42 257 28 16
E-mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowana przez pracownika – Klaudię Bartczyk
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 2019 ze zm.), pn. „*Usługa utrzymania czystości wraz z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie w 7 Szpitalu Marynarki Wojennej w Gdańsku*”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 31 października 2023 roku pod numerem: 2023/S 210-662017, numer referencyjny: 579/2023/PN.

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 2019, poz. 2019 ze zm. - zwanej dalej „Pzp”):

- I. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.
1. określenie ceny jedynym kryterium oceny ofert,
 2. projektowane postanowienia umowy dotyczące łącznej maksymalnej wysokości kar umownych
 3. projektowane postanowienia umowy dotyczące gwarancji niezmienności cen netto

II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 246 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 4 pkt 1) Pzp** poprzez określenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, podczas gdy Zamawiający był

zobowiązany do określenia obok tego kryterium jakościowego o wadze co najmniej 40%.

2. **art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp w zw. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 pkt 32 Pzp. w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 k.c.** poprzez zawarcie w § 7 ust. 6 załącznika nr 1 do SWZ - projektowane postanowieniu umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy, w wysokości 50 % szacunkowej wartości umowy netto, która to wartość już w momencie zawarcia umowy jest rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy znacznej części wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności, ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia jednocześnie nie określając zasad współpracy stron.
3. **art. 436 pkt 4) lit b) w zw. z art. 439 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw z art. 16 pkt 1)-3) Pzp** poprzez zastrzeżenie w § 5 ust. 3 załącznika nr 1 do SWZ - projektowanych postanowieniach umowy, że: *"Wykonawca gwarantuje niezmiennosć cen netto podanych w § 5 ust. 1 powyżej, przez okres min. 12 miesięcy realizacji przedmiotu zamówienia"* co stoi w sprzeczności zasadami przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia oraz warunkami waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy określonej w Umowie.

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1: wprowadzenia kryterium pozacenowego o wadze co najmniej 40%

proponujemy zmianę:

- a) wykreślenie dotychczasowej treści sekcji IV pkt 4.3 – pn. Kryteria Oceny Ofert – ogłoszenia o zamówieniu i wprowadzenie następujących kryteriów:
 - Cena – 60%
 - Certyfikat ISO 9001- 20%
 - Certyfikat ISO 14001 – 20%
- b) rozdziału XIV - „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) przez wykreślenie jego dotychczasowej treści i nadanie mu następującego brzmienia:

1. *Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:*

 - I. *Cena 60 %*
 - II. *Certyfikat ISO 9001- 20%*
 - III. *Certyfikat ISO 14001 – 20%*

Sposób oceny Kryterium II

Wykazanie się i załączenie do oferty certyfikatu ISO 9001 poświadczający, że Wykonawca, który będzie realizował zamówienie, posiada wdrożony i certyfikowany System Zarządzania Jakością ISO 9001 z zakresu usług utrzymania czystości w szpitalu oraz z zakresem czynności pomocniczych przy pacjencie, wystawiony przez jednostkę akredytowaną – 20 pkt

Brak certyfikatu w ofercie- 0 pkt.

Sposób oceny kryterium III

Wykazanie się i załączenie do oferty certyfikatu ISO 14001 poświadczający, że Wykonawca, który będzie realizował zamówienie, posiada wdrożony i certyfikowany System Zarządzania Środowiskowego ISO 14001 z zakresu usług utrzymania czystości w szpitalu oraz z zakresem czynności pomocniczych przy pacjencie, wystawiony przez jednostką akredytowaną – 20 pkt
Brak certyfikatu w ofercie- 0 pkt.

2. *Ocenie będą podlegać wyłącznie oferty nie podlegające odrzuceniu.*
3. *W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Wykonawcy są zobowiązani do przedstawienia wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego.*
4. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w SWZ.*
5. *Jeżeli termin związania ofertą upłynie przed wyborem najkorzystniejszej oferty, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.*
6. *W przypadku braku zgody, o której mowa w ust. 7, oferta podlega odrzuceniu, a Zamawiający zwraca się o wyrażenie takiej zgody do kolejnego Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, chyba że zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania."*

2. w zakresie zarzutu nr 2 wprowadzenia zmiany w § 7 ust. 6 załącznika nr 1 do SWZ - projektowane postanowienia umowy o następującej treści:
„6. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, nie może przekraczać 20 % maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust. 5). ”

3. w zakresie zarzutu nr 3 usunięcie ust. 3 znajdującego się w § 5 załącznika nr 1 do SWZ - projektowanych postanowień umowy.

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 31 października 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego powyżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm. - zwanej dalej „Pzp”), pn. „Usługa utrzymania czystości wraz z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie w 7 Szpitalu Marynarki Wojennej w Gdańsku”, ogłoszonego w

Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 sierpnia 2022 roku pod numerem: 2023/S 210-662017, numer referencyjny: 579/2023/PN. Z dokumentów zamówienia wynika, iż **okres realizacji zamówienia będzie wynosił 24 miesiące.**

Uzasadnienie zarzutu 1

Zamawiający określił w sekcji IV ust. 4.3 ogłoszenia o zamówieniu i w Rozdziale XIV SWZ, że cena stanowi wyłączone kryterium oceny ofert. Zamawiający był zobowiązany zgodnie z ustawą P.z.p do zastosowania jakościowego 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%

W myśl art. 246 ust. 1 Pzp: *"1. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 stosowanie przepisów ustawy do zamawiających publicznych pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%."*

Zgodnie natomiast z ust. 2 w.w. przepisu: *"Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, 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."*

Biorąc pod uwagę w.w. przepis oraz dokumenty zamówienia - SWZ wraz ze znajdującym się w nim Opiskiem Przedmiotu Zamówienia Zamawiający nie mógł zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium wyboru ofert.

Zgodnie z art. 242 ust. 2 Pzp kryteria jakościowe powinny w szczególności być kryteriami odnoszącymi się do m.in. aspektów społecznych, środowiskowych, innowacyjnych. W związku z powyższym zasadne jest wprowadzenie jakościowych kryteriów ocen ofert odnoszących się do posiadania Certyfikatu ISO 9001 oraz Certyfikatu ISO 14001.

Zaproponowane przez odwołującego 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 jakościowe 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.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W Załączniku nr 1 do SWZ – wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający umieścił postanowienie § 7 ust 6 w brzmieniu następującym:

"Łączna suma kar umownych nie może przekroczyć 50% wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa § 3 ust. 6 umowy."

Należy zauważyć, że łączna suma kar umownych określona w § 7 ust. 6 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).

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia i modyfikacji zastrzeżonej we wzorze umowy łącznej sumy wysokości kar umownych jaką może obciążyć Zamawiający Wykonawcę – w sposób określony w petitum odwołania tj. obniżenie ich do 20% maksymalnej szacunkowej wartości umowy netto (wskazanej w § 2 ust. 5).

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zamawiający w § 5 ust. 3 załącznika nr 1 do SWZ - projektowanych postanowień umowy zastrzegł: *"Wykonawca gwarantuje niezmienność cen netto podanych w § 5 ust. 1 powyżej, przez okres min. 12 miesięcy realizacji przedmiotu zamówienia"*

Zamawiający określił jednocześnie w § 5 ust. 17 i 18 tego załącznika, warunki zmiany wynagrodzenia Wykonawcy przewidziane na podstawie art. 436 pkt 4) lit b) oraz 439 Pzp.

Zgodnie zaś z art. 16 Pzp: *"Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2), przejrzysty, 3) proporcjonalny."*

Zastrzeżenie z jednej strony gwarancji ze strony Wykonawcy niezmienności wynagrodzenia przez okres min. 12 miesięcy realizacji przedmiotu zamówienia a z drugiej strony dla przykładu możliwości zmiany tego wynagrodzenia po upływie pół roku od zawarcia umowy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów prowadzi do tego, że postępowanie jest prowadzone nieprzejrzysto i nieproporcjonalnie. Dodatkowo narusza zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż taki zapis premiuje wykonawców, którzy są w stanie

zaryzykować brak ewentualnej waloryzacji swojego wynagrodzenia w przypadku gdyby Zamawiający uznał, że nie można zmienić wynagrodzenia przez min. 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w *petitum*.

W załączeniu:

1. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.