



INFORMACJA O WNIESIENIU ODWOŁANIA

Znak sprawy: SOZ.383.17.2021

Data: 17.05.2021 r.

Dotyczy: postępowanie na usługi kompleksowego sprzątania, transportu wewnętrznego oraz wykonywania czynności pomocniczych.

Działając na podstawie art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zmianami), niniejszym, Zamawiający przekazuje informację o otrzymaniu odwołania.

Zgodnie z art. 525 w/w ustawy, Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z wyjątkiem przypadku zgłoszenia sprzeciwu, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

DYREKTOR
[Signature]
mgr inż. Irena Petruša

Olsztyn, dnia 17 maja 2021 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

**Zamawiający: Samodzielny Publiczny
Zespół Gruzlicy i Chorób Płuc w Olsztynie
ul. Jagiellońska 78
10-357 Olsztyn
nr telefonu: + 48 89 532 29 00
alis@pulmonologia.olsztyn.pl**

**Odwołująca: S4H sp. z o.o. w Olsztynie
reprezentowana przez Rafała Mordasiewicza
ul. Gietkowska 10
10-170 Olsztyn
KRS 0000529764
nr telefonu: + 48 89 679 77 06
rafal.mordasiewicz@cleanservices.pl**

nr ogłoszenia 2021/S 089-229608

przedmiot zamówienia – usługi kompleksowego sprzątnia, transportu wewnętrznego oraz wykonywania czynności pomocniczych w obiektach SP Zespołu Gruzlicy i Chorób Płuc w Olsztynie (postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, znak: SOZ.383.17.2021)

ODWOŁANIE

wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie w/w zamówienia

Działając w imieniu odwołującej S4H sp. z o.o. w Olsztynie, wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, stosownie do reprezentacji (odpis KRS w składam w załączeniu) - na podstawie art. 513 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2019 ze zm.), dalej jako: Pzp - niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami w/w ustawy czynności podjętej w postępowaniu przez zamawiającego, polegającej na wadliwym opisie Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi kompleksowego sprzątnia, transportu wewnętrznego oraz wykonywania czynności pomocniczych w obiektach SP Zespołu Gruzlicy i Chorób Płuc w Olsztynie.

Przedmiotowa Specyfikacja Warunków Zamówienia sporządzona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego narusza przepisy Pzp. Zarzucam zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1 i 3 oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ), w zakresie wykonywania czynności pomocniczych, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty; poprzez zaniechanie wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia; poprzez brak określenia przy opisie przedmiotu zamówienia wszystkich nazwy i kodów określonych we Wspólnym Słowniku Zamówień; poprzez dokonanie opisu zamówienia w sposób nieprzejrzysty i naruszający zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a także w sposób wewnętrznie sprzeczny;

2) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia oraz opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wykluczający wykonawców zdolnych do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; poprzez sformułowanie w części VIII SWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz uniemożliwiający udział w postępowaniu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia - poprzez określenie minimalnej wartości każdego, z co najmniej dwóch kontraktów w wysokości 2 000 000 zł każdy, w sytuacji, gdy podmioty sprzątające inne obiekty na podstawie kilku różnych umów o mniejszej wartości niż wskazane przez zamawiającego również są w stanie wykonać w sposób należyty umowę; takie sformułowanie postanowienia świadczy o preferowaniu podmiotu dotychczas świadczącego usługi na rzecz zamawiającego;

3) art. 240 ust. 1 i art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert innych niż cena w sposób wewnętrznie sprzeczny, nie posiadający logicznego, ani technicznego uzasadnienia oraz w sposób nieproporcjonalny, który utrudnia uczciwą konkurencję i nie preferuje elementów istotnych dla zamawiającego, lecz preferuje rozwiązania jednego wykonawcy; poprzez kształtowanie tych kryteriów z naruszeniem określonych w art. 16 Pzp zasad przygotowania i prowadzenia zamówień publicznych; poprzez bezprawne odstępianie od zasady równoważności na rzecz konkretnie wskazanych rozwiązań w zakresie monitorowania wykonywania usługi (art. 99 ust. 6 Pzp).

W oparciu o powyższe zarzuty - na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp - wnoszę o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (w tym załącznika nr 1) oraz w konsekwencji treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób, który wskazywałby na jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie przez wykonawców swoich ofert w postępowaniu, poprzez wskazanie proporcji pomiędzy poszczególnymi usługami: kompleksowego sprzątnia, transportu wewnętrznego

oraz wykonywania czynności pomocniczych, ze wskazaniem odpowiednich stawek podatku VAT,

- nakazanie zamawiającemu dokonanie zmian w treści postanowień SWZ (pkt VIII) – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, poprzez wykreślenie zwrotu: „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje przez okres min. 12 miesięcy, co najmniej 2 usługi obejmujące czynności sprzątnia, pomocnicze oraz transportu wewnętrznego w budynkach użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 2 000 000 zł brutto każda” i opisanie przedmiotowego wymogu w ten sposób, że wykonawca ma się legitymować we wskazanym powyżej okresie co najmniej dwiema takimi usługami o podobnym charakterze o wartości nie niższej niż 500 000 zł brutto oraz uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia,

- nakazanie zamawiającemu dokonanie zmian w treści postanowień SWZ (pkt XXI) – w zakresie kryterium oceny ofert, poprzez wykreślenie fragmentu, który wskazuje, że zamawiający przy wyborze oferty będzie kierować się jakością rozumianą jako „zastosowanie elektronicznej aplikacji monitorującej realizację usługi”, oraz poprzez doprecyzowanie i zobiektywizowanie metodologii kryterium oceny ofert z uwzględnieniem rodzaju usług świadczonych, ich przedmiotu, rodzaju i charakteru instrumentów pozostających w kompetencji wykonawcy i zamawiającego.

Ponadto - na podstawie art. 573Pzp - wnoszę o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Gruźlicy i Chorób Płuc w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są usługi kompleksowego sprzątnia, transportu wewnętrznego oraz wykonywania czynności pomocniczych (znak: SOZ.383.17.2021). Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwotę określoną w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wydanym na podstawie w art. 3 ust. 2 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 089-229608 (Dz.U./S S89 07/05/2021; 229608-2021-PL, niniejsze ogłoszenie zostało zamieszczone w witrynie TED: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:229608-2021:TEXT:PL:HTML>).

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w punkcie IV „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług na rzecz Samodzielnego Publicznego Zespołu Gruźlicy Chorób Płuc w Olsztynie, obejmujących:

- a) utrzymanie czystości w pomieszczeniach zamawiającego, o łącznej powierzchni 6789,77 m²,
- b) transport wewnętrzny,

c) wykonywanie czynności pomocniczych.

Natomiast w załączniku nr 1 do SWZ „SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” zamawiający w głównej mierze opisał usługę utrzymania czystości, tj. sprzątnięcia. W pkt 1 ppkt 1, w postanowieniach ogólnych, zamawiający wskazał, że do zakresu wykonywanej usługi należy: sprzątnięcie i dezynfekcja powierzchni oddziałów, poradni i innych komórek organizacyjnych szpitala, polegające na: a) sprzątnięciu bieżącym i interwencyjnym, b) sprzątnięciu cotygodniowym, c) sprzątnięciu comiesięcznym. W następnych punktach zamawiający również odnosi się do sprzątnięcia. Dopiero w punktach 44 - 49 (str. 3) jest mowa o transporcie (m.in. transport artykułów medycznych, gospodarczych, papierniczych, materiałów opatrunkowych, leków, czystej i brudnej bielizny, materiałów do laboratorium, odbieranie wyników, transport odzieży chorych z magazynu odzieży do oddziału, transport odzieży chorych z Izby Przyjęć do magazynu odzieży, transport odpadów itp. zgodnie z harmonogramem; transport opakowań z lekami na terenie apteki szpitalnej; transport chorych na badania; transport pacjentów z Izby Przyjęć do oddziałów). Dalej, w punkcie I.IV Załącznika nr 1 do SWZ „Zakres obowiązków i uprawnień pracownika transportu wewnętrznego” (str. 9), zamawiający wskazał: „Pracownicy transportu wewnątrzszpitalnego muszą być sprawni fizycznie ze względu na rodzaj wykonywanych czynności z nim związanych (m.in. przenoszeniem pacjentów, ciężkich opakowań z lekami, odpadów itp.)”. Następnie zamawiający określił harmonogram transportu wewnętrznego.

Przy czym w żadnym miejscu zamawiający nie scharakteryzował tzw. czynności pomocniczych (choć przedmiotowy załącznik nr 1 do SWZ liczy 31 stron). Nie wskazał nawet na podział zadań, na jakiegokolwiek proporcje pomiędzy poszczególnymi kategoriami, czy też przyjętą praktykę. Tymczasem przedmiot zamówienia obejmuje konglomerat różnorodnych świadczeń, które mają być wykonywane w pomieszczeniach i budynkach zamawiającego o różnej specyfice i przeznaczeniu. W tych okolicznościach obowiązkiem zamawiającego jest precyzyjne przedstawienie poszczególnych usług objętych przetargiem oraz określenie ich proporcji wobec ogółu zamówienia. Przedmiotowy opis zamówienia bez wątplenia jest nieprzejrzysty, niejednoznaczny i niewyczerpujący. Nie wiadomo bowiem, czy chodzi o czynności pomocnicze przy pacjentach, czynności pomocnicze przy chorych (wszak zamawiający posługuje się w SWZ dwoma w/w zwrotami), czy też inne czynności pomocnicze (np. podawanie i odbiór kaczek, basenów, nocników, pomoc przy przenoszeniu pacjenta, dostarczanie wycinków operacyjnych na patomorfologię i odbiór wyników, pomoc pacjentom chodzącym w przemieszczaniu się w obrębie szpitala, mycie i dezynfekcja drobnego sprzętu medycznego). Wprawdzie w załączniku nr 4 do SWZ, stanowiącym formularz cenowy zamawiający wymienił co obejmują czynności pomocnicze, niemniej jednak jest to tylko przykładowe, niewyczerpujące wyliczenie (na dodatek w tabeli, w miejscu przeznaczonym do innych celów). Co więcej, zamawiający podał, że: „Przez czynności pomocnicze zamawiający rozumie wszelkie inne czynności, które nie są sprzątnięciem oraz transportem wewnętrznym.”. Taki zwrot jest nie tylko enigmatyczny, ale i niedopuszczalny. Nie wiadomo bowiem, czy zamawiającemu chodzi o usługi pomocnicze, które wpisują się w pojęcie usług z zakresu opieki medycznej i usług ściśle z nimi związanych, czy też o inne usługi. Nie wiadomo, czy chodzi o czynności współdzielniacyjne, czy poszczególne czynności wykonywane przez personel wykonawcy stanowią element jednej kompleksowej usługi w procesie opieki nad pacjentem, w ramach zapewnienia

szpitalowi kompleksowego wsparcia w codziennej pracy na oddziałach szpitalnych (czy stanowią one szereg czynności tworzących w aspekcie gospodarczym jedną usługę). Nie wiadomo też czy personel wykonawcy wchodzi w skład zespołów zajmujących się opieką nad pacjentem (chorym). Zamawiający nie określił żadnych wytycznych i ani procedur (brak jest jakiegokolwiek harmonogramu w tym zakresie). Nie wskazał, czy przedmiotowe czynności powinny być wykonywane przez personel wykwalifikowany, czy też nie (np. salowa, sanitariusz). Oczywistym jest, że działalność ściśle związana z opieką szpitalną nie ogranicza się wyłącznie do świadczeń na rzecz samego chorego, lecz obejmuje wszystkie świadczenia, które pozostają w ścisłym związku z hospitalizacją chorego oraz świadczoną mu opieką medyczną, niemniej jednak zamawiający winien precyzyjnie określić przedmiot zamówienia. Tak by nie było wątpliwości, czy chodzi o jednorodną usługę, kompleksową usługę, czy też o dwa odrębne rodzaje.

Dla usług składających się na przedmiot zamówienia ustawodawca przewidział różny sposób opodatkowania podatkiem od towarów i usług (zw., 23%). Fakt ten potwierdził zamawiający (w formularzu ofertowym i cenowym, przewidział samodzielne pozycje). Przy czym, zwolnienie z podatku może obejmować swoim przedmiotem jedynie czynności pomocowe polegające na czynnym udziale personelu sprząającego w opiece nad pacjentem oraz transportu wewnętrznego, w zakresie, w jakim usługi te stanowią usługi opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia świadczone na rzecz zakładów opieki zdrowotnej na ich terenie albo wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Podstawą powyższego zwolnienia jest art. 43 ust. 1 pkt 18 lub art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2021.685 ze zm.). Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 18a w/w ustawy o VAT zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza. W art. 43 ust. 1 pkt cyt. 18 ustawy VAT określono natomiast, że zwalnia się od podatku usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, wykonywane w ramach działalności leczniczej przez podmioty lecznicze. Na podstawie tego przepisu zwolnieniu podlegają m.in. czynności polegające na: pomocy i czynnym udziale przy myciu pacjentów, pomocy przy zmianie pozycji w łóżku, pomocy przy przełożeniu pacjenta na łóżko po zabiegu, na wózek transportowy na stół itp., pomocy przy zmianie pampersów pacjentom, pomocy przy ubieraniu, rozbieraniu pacjentów oraz przy zmianie bielizny, asystowaniu pacjentom przy korzystaniu z toalety i łazienek, podawaniu na prośbę pacjenta i odbieranie basenów, kaczek, nocników, misek nerkowatych, misek do mycia i pomoc w ich użyciu i użyciu artykułów higienicznych, opróżnianiu ssaków z wydaliny, reagowaniu na alarmy z sal pacjentów np. podanie basenu, odebranie basenu.

Przy czym pamiętać, że zasadą wynikającą z orzecznictwa TSUE, jak i sądów krajowych jest to, iż każde świadczenie powinno być traktowane jako odrębne i niezależne (jako przedmiot opodatkowania), zaś traktowanie ich jako świadczeń złożonych (kompleksowych) ma charakter wyjątkowy (por. wyrok TSUE z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96). Podobnie jak wyjątek od zasady stanowi zwolnienie podatkowe

z usług. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że aby usługa mogła zostać uznana za kompleksową, składające się na nią świadczenia powinny pozostawać między sobą w nierozzerwalnym związku. Dopiero wówczas te świadczenia, nie dając się wyodrębnić, tworzą w efekcie jednorodną usługę.

W ocenie odwołującej, niektóre z usług objętych przedmiotem zamówienia kwalifikują się jako usługi pomocnicze przy pacjencie, o których mowa w art.43 ust. 1 pkt. 18a w/w ustawy o podatku od towarów i usług, tj. zwolnione z podatku VAT. Co do zasady są to usługi w zakresie opieki medycznej, służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawy towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane, świadczone na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza.

Zważywszy na fakt, iż w/w prace pomocnicze przy pacjencie są zwolnione z podatku VAT, natomiast prace pozostałe są opodatkowane wg stawki 23%, a prawidłowość ustalania relacji pomiędzy sprzedażą opodatkowaną a zwolnioną w już realizowanych kontraktach tego typu jest przedmiotem zainteresowania Urzędów Kontroli Skarbowej, koniecznym jest określenie przez zamawiającego jaki procent wartości usługi kompleksowej będą - w ocenie zamawiającego - stanowić czynności pomocnicze przy pacjencie zwolnione z podatku VAT oraz które świadczenie stanowi świadczenie przeważające.

Ponieważ w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługami, podlegającymi opodatkowaniu różnymi stawkami podatku VAT, istnieje realne ryzyko ustalania przez wykonawców w ofertach stawek podatku VAT w sposób dowolny, co sprawi, iż staną się ofertami nieporównywalnymi, a w braku stosownej informacji w SWZ odnośnie proporcji wartości czynności pomocniczych przy pacjencie zwolnionych z VAT do wartości pozostałych usług, zamawiający nie będzie mógł również ocenić zgodności ofert z SWZ lub stwierdzić błędu w obliczeniu ceny. Wyżej opisana dowolność w kształtowaniu proporcji poszczególnych usług w ramach oferowanego świadczenia, którą zamawiający pozostawił wykonawcom, może być nadużywana przez niektórych wykonawców w sposób naruszający konkurencję, tj. dowolne, oderwane od rzeczywistości ustalanie proporcji wartości poszczególnych usług na korzyść usług zwolnionych z VAT, celem zaoferowania niższej ceny (niższej o podatek VAT), przy jednoczesnym naruszeniu przepisów podatkowych.

W obecnym kształcie treści SWZ może dojść do sytuacji, że najkorzystniejsza okaże się oferta, której znaczną część ceny netto stanowi cena za wykonanie usług objętych zwolnieniem od podatku VAT. Opisany model nie ma bowiem na celu zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu poprzez konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie proporcji usług, której wynikiem było przyjęcie określonej, korzystnej dla Wykonawcy stawki podatku VAT i uzyskanie w ten sposób przedmiotu zamówienia.

Tak skonstruowana Specyfikacja Warunków Zamówienia nie zawiera jednoznacznych i wiążących dla wykonawców reguł dotyczących sposobu obliczania ceny, w ramach których jasny jest chociażby sposób obliczenia podatku od towarów i usług. Ustalenie relacji pomiędzy wartością sprzedaży opodatkowanej i zwolnionej przez zamawiającego, już na etapie prowadzonego postępowania - pozwoli na uniknięcie opisanych powyżej czynności w przyszłości. Zamawiający nie określił w SWZ zasad wyliczenia podatku VAT poprzez wskazanie wiążącej dla wykonawców stawki/zwolnienia w ramach poszczególnych elementów zamówienia. Przygotowany przez zamawiającego formularz cenowy nie

przewiduje stosowania konkretnych stawek podatku VAT. Wprawdzie to do wykonawcy należy wycena usługi w oparciu o opis zawarty w SWZ, niemniej jednak zamawiający ma obowiązek wyraźnie opisać zakresy usługi sprzątnia, pomocy przy pacjencie i transportu. W niniejszej sprawie niewątpliwie tego zabrakło.

Opis przedmiotu zamówienia powinien być wynikiem obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie jego preferencji i faworyzowania określonego wykonawcy. Natomiast wymóg transparentności wydatkowania środków publicznych, a także interes innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, nakłada na zamawiającego szczególny obowiązek wyważenia uznaniowości. Zasada przejrzystości wymaga zaś, by postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawierało jasne reguły i aby istniały środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania oraz wcześniej ustalone kryteria, na podstawie których zamawiający podejmuje czynności.

Przechodząc do drugiego zarzutu należy podnieść, że ustalenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego. Określenie warunków to jedna z kluczowych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wybór optymalnego wykonawcy.

Zgodnie z art. 112ust. 1 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Z powyższego wynika, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tymczasem zamawiający w pkt VIII SWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - wskazał, że wykonawca winien wykazać, że: „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje przez okres min. 12 miesięcy, co najmniej 2 usługi obejmujące czynności sprzątnia, pomocnicze oraz transportu wewnątrznego w budynkach użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 2 000 000 zł brutto każda”. Powyższe warunki bez wątpienia są nadmierne i nieproporcjonalne. Zauważyć bowiem należy, że plan postępowań zamawiającego na rok 2021 r. wskazuje, że na świadczenie usług sprzątnia (36 miesięcy), szpital przeznaczył 5 000 000 zł, co rocznie daje kwotę 1 666 666 zł. Ponadto aktualnie zamawiający płaci za przedmiotowe usługi ok. 1 700 000 zł rocznie. Tym samym bezrefleksyjne żądanie od wykonawców legitymowania się kontraktami o wartości 2 000 000 zł jest niczym nie uzasadnione. Z pewnością nie ma na celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania niniejszego zamówienia. Brak jest uzasadnienia dla uznania, że zamówienie to zostanie należycie wykonane tylko przez wykonawcę, który zrealizował dwie usługi o wartości 2 000 000 zł. Wszak usługi sprzątnia są ustandaryzowane, tj. technika i specyfika świadczenia takich usług jest generalnie podobna. Przyjąć zatem należy, że wykonawca usługi sprzątnia za 500 000 zł rocznie będzie posiadał tożsame doświadczenie zawodowe (w sensie jakości świadczonej usługi), jak wykonawca takiej usługi za 1 500 000 zł, czy za 2 000 000 zł. Wiedza i doświadczenie takiego wykonawcy w żaden sposób nie odbiega od wiedzy i doświadczenia

nabytego przez wykonawcę, który obsługuje droższe kontrakty. Zasadnicze znaczenie ma bowiem charakter usług, rodzaj obiektu (w tym jego poszczególnych elementów) i powierzchnia do sprzątnia, a nie wartość kontraktu.

Poza tym przyjmuje się, że usługa sprzątnia szpitala (utrzymanie czystości) nie wymaga od wykonawcy wiedzy specjalistycznej i powinna być wykonywana w określony standardowy sposób a także służy do zaspokojenia bieżących potrzeb, tym samym jest usługą powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych i jeżeli jej wartość szacunkowa na to pozwala, można do niej zastosować tryb zapytania o cenę.

W tym miejscu wypada wskazać, że zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej (wyrok KIO z dnia 8 marca 2013 r., KIO 426/13). W niniejszej sprawie zamawiający nie uczynił zadość w/w powinnościom. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2017 r., KIO 8/17). Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Podsumowując dotychczasowe wywody w tym zakresie, można w postępowaniu postawić określone warunki udziału, jeśli są one proporcjonalne i gwarantują właściwą realizację przedmiotu zamówienia, nawet jeśli są inne (w tym niższe) niż w postępowaniu na podobny przedmiot zamówienia. Stąd też wniosek o zmianę zapisów SWZ w tej części.

Odnosząc się natomiast do ostatniego zarzutu wypada wskazać, że kryteria oceny ofert stanowią jeden z najistotniejszych elementów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd zastosowanie określonych kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, tj. ograniczenia, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Tymczasem zamawiający w niniejszej sprawie nie tylko utrudnia uczciwą konkurencję, ale i nie odnosi kryteriów oceny ofert do przedmiotu zamówienia.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia w punkcie XXI „KRYTERIUM OCENY OFERT” zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie kierować się ceną i jakością. Przy czym jako jakość określił „zastosowanie elektronicznej aplikacji monitorującej realizację usługi”. Jednocześnie zamawiający wskazał, że oferowana aplikacja monitorująca wykonywane czynności powinna posiadać co najmniej niżej wymienione funkcjonalności:

- logowanie do aplikacji za pomocą hasła z możliwością identyfikacji tożsamości użytkownika,
- rejestrację nieobecności pracownika w obiekcie zamawiającego,
- możliwość wprowadzenia do aplikacji pomieszczeń zamawiającego, w których ma być wykonywana usługa sprzątnia wraz z zakresem czynności do wykonania,
- wykaz zaplanowanych czynności do wykonania przez pracownika wykonawcy oraz możliwość odznaczenia ich w aplikacji jako zrealizowanych,
- możliwość zgłaszania przez zamawiającego czynności doraźnych do realizacji przez personel wykonawcy,
- możliwość zgłaszania usterek i nieprawidłowości pracownikom wykonawcy oraz potwierdzenia ich realizacji zdjęciem wprowadzonym do aplikacji,
- możliwość komunikacji zamawiającego z wykonawcą,
- umożliwienie zamawiającemu bieżącej kontroli utrzymania czystości w obiekcie zamawiającego wraz z możliwością zgłaszania nieprawidłowości stwierdzonych podczas kontroli,
- możliwość generowania raportów w formie edytowalnej:
 - z przeprowadzonych kontroli jakości,
 - z czasu pracy pracowników firmy sprzątniającej.

Powyższe kryteria budzą zdziwienie. Wszak w art. 241 Pzp utrzymana została dotychczasowa zasada odnosząca się do formułowania kryteriów oceny ofert, zgodnie z którą kryteria te nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy (w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej), a także zasada powiązania kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia. Brak jest jednocześnie uzasadnienia prawnego, jak i faktycznego dla formułowania tego rodzaju kryterium oceny ofert. Przedmiotowe kryterium nie ma żadnego racjonalnego związku z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.

Ustawodawca wprost wskazał, że związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą usług, będących przedmiotem zamówienia. Usługi mogą być oceniane wyłącznie w zakresie, w jakim ocena ta odnosi się do świadczenia usługi na rzecz zamawiającego. Aby zweryfikować, czy dane kryterium jest związane z przedmiotem zamówienia, należy odnieść je do wymagań sformułowanych w opisie. Część kryteriów tylko pozornie jest związana z przedmiotem zamówienia, a w swej istocie odnosi się do osoby wykonawcy. Za takie – niedopuszczalne – kryterium uznane zostało kryterium odległości bazy wykonawcy od siedziby zamawiającego (wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r., KIO 2164/17). Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Wszak zamawiający ustanowił kryterium o niedozwolonym charakterze podmiotowym. Jeżeli kryterium musi odnosić się do przedmiotu zamówienia, to tym samym nie może dotyczyć właściwości wykonawcy. Kryterium dotyczące systemu monitorowania realizacji zamówienia, pozostaje bez wpływu na jakość wykonania zamówienia i stanowi kryterium o charakterze podmiotowym. Wszak żadna aplikacja elektroniczna nie jest konieczna, ani nawet pożądana, czy postulowana przy wykonywaniu usług sprzątnia. Zwłaszcza, że do jej obsługi potrzebni są ludzie. Nie mamy tu do czynienia z botem, wykonującym pewne czynności za człowieka, a jedynie z narzędziem pozorującym innowacyjność. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wszystkie w/w czynności można wykonać przy pomocy rozmowy telefonicznej, sms, mms. Co więcej, wymóg aplikacji elektronicznej

do monitorowania usług sprzątanania nie jest standardem przy zamówieniach na tego typu usługi. W zasadzie tylko jeden wykonawca dysponuje taką aplikacją, co sugeruje, że specyfikacja warunków zamówienia jest przez niego „inspirowana”. Powyższe wskazuje na nieproporcjonalność przedmiotowego wymogu. Przy usługach tego rodzaju stosuje się inne metody monitoringu. Doświadczenie życiowe wskazuje, że są one skuteczne i nadal stosowane. W końcu sam zamawiający przewidział szereg „analogowych” kontroli (vide: ppkt 58 pkt I załącznika nr 1 do SWZ – „Osoby pracujące w transporcie wewnętrznym oraz osoba nadzorująca powinny posiadać telefon lub inny środek komunikacji np. krótkofalówka, aby były dostępne na wezwanie.”). Tym samym żądanie od wykonawców wprowadzenia tego rodzaju „innowacji”, która wiąże się z dokonaniem dużych nakładów finansowych jest nieuzasadnione i utrudnienia dostęp do zamówienia. Zwłaszcza, że zamawiający bezprawnie odstąpił od zasady równoważności na rzecz konkretnie wskazanych rozwiązań w zakresie monitorowania wykonywania usługi. Bez wątpliwa bowiem mnożenie wymagań technicznych, funkcjonalnych i jakościowych ogranicza konkurencyjność postępowania. Podkreślić należy, że przedmiotowa aplikacja jest nie tylko niekonieczna i nieuzasadniona, ale i w żadnym razie niepotrzebna do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Należy zwrócić uwagę na aspekt techniczny takiego rozwiązania. Jako środki komunikacji zamawiający wskazuje telefon lub inny środek komunikacji np. krótkofalówka. Jest to uwarunkowane położeniem obiektu i jego konstrukcją (zanikający sygnał operatorów komórkowych), która uniemożliwia swobodny dostęp do sieci telefonii komórkowej. Opisywana aplikacja wymaga stałej transmisji sygnału, aby móc spełnić postulat rejestracji nieobecności pracownika w obiekcie zamawiającego, co jest niemożliwe bez wybudowania przez wykonawcę sieci punktów dostępowych.

Dodać przy tym należy, że zamawiający ustanowił kryterium polegające na premiowaniu wykonawców, którzy inwigilują swój personel. To zaś jest niezgodne nie tylko z prawem pracy (tj. narusza podstawowe prawa pracownika), ale i z normami prawa karnego. W efekcie zamawiający poprzez to kryterium podmiotowe dyskryminuje podmioty, które przestrzegają prawo pracy. Przedmiotowe kryterium odnosi się do polityki zatrudnieniowej wykonawcy i jego organizacji pracy, a to niewątpliwie powoduje, że ma ono charakter podmiotowy. W żaden sposób nie wpływa przy tym na jakość czy efektywność pracy i nie jest wymagane do należytej realizacji zamówienia. Stanowi jedynie przejaw uprzywilejowania dotychczasowego wykonawcy.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań podnoszę, że odwołującej przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż posiada ona interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest jednym z wykonawców, mogących zrealizować zamówienie, będące przedmiotem prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Jednocześnie wskazuję, że interes odwołującej w uzyskaniu tego zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, albowiem zastosowany opis SWZ nie pozwala stwierdzić, jakie konkretnie zamawiający ma wymagania co do przedmiotu zamówienia. Mylący opis przedmiotu zamówienia, określone nadmiernie kryteria kwalifikacji oraz wadliwe pozacenowe kryteria oceny ofert bez wątpliwa dyskryminują odwołującą.

W świetle podniesionych zarzutów, nie ulega wątpliwości, że dokonane przez zamawiającego naruszenia wymienionych przepisów Pzp mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych też przyczyn niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione. Mając na względzie powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) aktualny odpis z rejestru przedsiębiorców,
- 2) dowód uiszczenia wpisu,
- 3) dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu

z poważaniem,

Rafał Mordasiewicz