

Łódź, dnia 27 lipca 2023 roku

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

Zamawiający: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. św Barbary w Sosnowcu**
Plac Medyków 1, 41-200 Sosnowiec
NIP: 644-28-76-726
KRS: 0000003544
Tel.: +48 323682449
Faks: +48 323682012
e-mail: zam.publ@wss5.pl
www.wss5.pl

Odwołujący: „IZAN +” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
KRS: 0000171397; NIP: 7960001798
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: *"Świadczenie kompleksowych usług w zakresie zapewnienia prawidłowego stanu sanitarno-higienicznego w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu"*, prowadzonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. św Barbary w Sosnowcu, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2023 pod numerem: 2023/S 135-431723, numer referencyjny: 40/PNE/SW/2023.

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, tj. na:
 - a) określenie ceny jedynym kryterium oceny ofert,
 - b) zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy wystawiania faktury za wykonane usługi wyłącznie przez lidera wykonawców wspólnie realizujących zamówienie
 - c) zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy prawa opcji przysługującego Zamawiającemu niezgodnie z przepisami
- II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 246 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez określenie kryterium ceny jako jedyne 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. 58 ust. 4 Pzp** przez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy, że w wypadku wspólnej realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o jego udzielenia, nie mają oni prawa do wystawienia na rzecz Zamawiającego osobnych faktur, lecz zobowiązani są poprzez lidera wystawić na rzecz Zamawiającego jedną wspólną fakturę, co powoduje w konsekwencji, że w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający określił wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, choć nie jest to uzasadnione ani charakterem zamówienia, ani też nie jest proporcjonalne do jego przedmiotu,
3. **art. 96 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** przez zastrzeżenie przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy, że w wypadku wspólnej realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o jego udzielenia, nie mają oni prawa do wystawienia na rzecz Zamawiającego osobnych faktur, lecz zobowiązani są wystawić na rzecz Zamawiającego jedną wspólną fakturę - przez lidera, co powoduje w konsekwencji, że Zamawiający określił inne niż wymienione w art. 95 ust. 1 wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie ich aspektów gospodarczych, w sposób dyskryminujący wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
4. **art. 436 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** przez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy, że zapłata wynagrodzenia na rzecz wykonawcy następuje na podstawie prawidłowo wystawionej przez wykonawcę faktury, przy czym Zamawiający w treści wyjaśnień SWZ zastrzegł, iż w wypadku wspólnej realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o jego udzielenia, nie mają oni prawa do wystawienia na rzecz Zamawiającego osobnych faktur, lecz zobowiązani są wystawić na rzecz Zamawiającego jedną wspólną fakturę - przez lidera, co wskazuje na dyskryminację wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
5. **art. 441 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ Kodeksu Cywilnego** poprzez określenie prawa opcji w taki sposób, że zwiększenie przez Zamawiającego zakresu realizacji Przedmiotu Umowy w zakresie zwiększenia powierzchni Szpitala objętej usługą – max. o 10% powierzchni a zwiększenie zakresu realizacji usługi w powyższy sposób wiązać się będzie z proporcjonalnym wzrostem wynagrodzenia Wykonawcy – max. o 2%, względem ceny wskazanej w złożonej przez Wykonawcę ofercie, co świadczy o nadużyciu pozycji dominującej organizatora przetargu przez Zamawiającego przez skonstruowanie jednostronnie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego, nieproporcjonalnie do praw i obowiązków obu stron.

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 następującego Kryterium Oceny Ofert: „Program kontroli jakości utrzymania czystości – 40%”,
- b) rozdziału XIX - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) przez wprowadzenie do SWZ Kryterium pozacenowego - „Program kontroli jakości utrzymania czystości – 40%” i zmianę wartości kryterium Ceny (C) ze 100% na 60 %:

Proponowany sposób oceny Kryterium: „Program kontroli jakości utrzymania czystości – 40%”:

"2. Program kontroli jakości utrzymania czystości – 40%

Sposób Oceny:

Zamawiający oczekuje wdrożenia w terminie do 3 miesięcy od podpisania umowy programu monitorującego poziom higieny szpitalnej 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. 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 3 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, 3 i 4** o usunięcie zapisu w § 19 ust. 1 załącznika nr 5 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy.
3. **w zakresie zarzutu nr 5: zmianę § 13 ust. 2 pkt 2) Pzp poprzez nadanie mu brzmienia: " 2) zwiększenie przez Zamawiającego zakresu realizacji Przedmiotu Umowy w zakresie zwiększenia powierzchni Szpitala objętej usługą – max. o 10% powierzchni. Zwiększenie zakresu realizacji usługi w powyższy sposób wiązać się będzie z proporcjonalnym wzrostem wynagrodzenia Wykonawcy – max. o 10%, względem ceny wskazanej w złożonej przez Wykonawcę ofercie;"**

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 17 lipca 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług pn: "Świadczenie kompleksowych usług w zakresie zapewnienia prawidłowego stanu sanitarno-higienicznego w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu", prowadzonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 5 im. św Barbary w Sosnowcu, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 17 lipca 2023 pod numerem: 2023/S 135-431723, numer referencyjny: 40/PNE/SW/2023.

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 XIX - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU 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 jedyne 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.

Wobec powyższego biorąc pod uwagę to, że Zamawiający zgodnie z OPZ wymaga, aby Wykonawcy wykonywali usług zgodnie z wdrożonym u Zamawiającego certyfikatem jakości ISO: 9001 zaproponowane przez Wykonawcę kryterium *"Program kontroli jakości utrzymania czystości – 40%"* jest prawidłowe.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zgodnie z art. 58 ust. 4 Pzp, W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia

w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.

Powyższy przepis jest refleksem panujących w Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności (art. 16 pkt 1 i 3 Pzp).

Jak trafnie dostrzeżono w literaturze, zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w stosunku do konsorcjum inaczej niż w odniesieniu do wykonawcy występującego samodzielnie, o ile wymóg taki znajduje uzasadnienie w charakterze zamówienia oraz jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wymaganie co do szczególnego sposobu realizacji przysługuje więc tylko wówczas, jeżeli nie będzie stanowiło nadmiernej ingerencji w stosunki wewnętrzne pomiędzy uczestnikami konsorcjum i będzie uzasadnione szczególnymi warunkami realizacji zamówienia. Należy przyjąć, że wykonawcy, decydując się na utworzenie konsorcjum, są świadomi związanych z tym obowiązków, w tym zasad solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy, oraz ewentualnych konsekwencji ekonomicznych. Nie jest więc uzasadnione przyjęcie, że podmiot zewnętrzny, jakim jest zamawiający, może w każdym wypadku ingerować w te stosunki, nie mając odpowiedniej ku temu wiedzy, a często również kwalifikacji. Ingerencja taka powinna być uznana za dopuszczalną w sytuacjach wyjątkowych, gdy ze względu na szczególny przedmiot zamówienia zamawiający nie może inaczej zabezpieczyć swojego interesu, wyrażonego jako prawidłowe wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2021, [w]: komentarz do art. 58, uwaga nr 7).

Jak zaś stwierdzono trafnie w orzecznictwie, nieskorzystanie z uprawnienia do regulowania odrębnie sposobu realizacji zamówienia przez konsorcjum skutkuje brakiem możliwości zgłaszania roszczeń w związku ze sposobem, w jaki członkowie konsorcjum podzielili między siebie zadania konieczne do wykonania zobowiązań wynikających z umowy zawartej z nimi wspólnie (wyrok SN z 7.06.2019 r., I CSK 276/18, LEX nr 2692114 – przytoczony za: ibidem).

Skoro zatem Zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy, tj. w § 19 ust. 1 załącznika nr 5 SWZ - Projektowane Postanowienia Umowne (*„W przypadku Konsorcjum, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia/ wspólnie wykonujących Umowę, są oni zobowiązani do udzielenia pełnomocnictwa jednemu z członków Konsorcjum, zwanemu dalej „Liderem”, do wystawiania przez niego faktur i przyjmowania należności przypadających Konsorcjum z tytułu wykonywania Przedmiotu Umowy. Zamawiający jest uprawniony do dokonywania płatności na wskazany przez Lidera numer rachunku bankowego ze skutkiem w postaci zaspokojenia roszczeń pozostałych członków Konsorcjum”*) przewidział szczególny wymóg realizacji zamówienia w wypadku, gdy wykonuje je więcej niż jeden wykonawca, należy rozpatrywać opisaną sytuację pod kątem przepisu art. 58 ust. 4. W konsekwencji, należy stwierdzić, że wymóg ten określa sytuację prawną wykonawcy, który bierze udział w tzw. konsorcjum, w sposób odmienny, niż gdyby wziął udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia samodzielnie. Wykonawca samodzielny wystawia bowiem fakturę na swoją rzecz bez ograniczeń; jeśli zaś udzielono mu zamówienia wspólnie z innym wykonawcą,

sposób rozliczeń z Zamawiającym jest w stosunku do niego ograniczony, gdyż Zamawiający wskazał, że wykonawcy nie mają prawa wystawić osobnych faktur. Konkludować należy, że zobowiązani są między sobą ustalić, który z nich wystawi fakturę na rzecz Zamawiającego na rzecz całości usług zrealizowanych w danym miesiącu, zaś po otrzymaniu wynagrodzenia miesięcznego od Zamawiającego przez tego z wykonawców, który wystawił fakturę, drugi z wykonawców będzie mógł domagać się zapłaty należnej mu części od fakturującego lidera konsorcjum.

Należy wskazać, że każdy wykonawca ma prawo do samodzielnego rozliczenia z Zamawiającym w stosunku do wykonanej przez siebie części zamówienia. Art. 445 ust. 1 Pzp co prawda przewiduje solidarność wykonawców, którym wspólnie udzielono zamówienia, ale tylko w zakresie ich obowiązków z umowy o zamówienie publiczne, czyli przede wszystkim wykonania przedmiotu zamówienia. Nie ma to analogicznego zastosowania do ich wierzytelności, polegających na zapłacie wynagrodzenia. Nie wynika to bowiem z Pzp, zaś art. 369 Kodeksu cywilnego, który podlega zastosowaniu na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp, stanowi: Zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Zobowiązanie polega zaś na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić (art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego). Z art. 367 Kodeksu cywilnego wynika, że solidarność wierzycieli polega na tym, że kilku wierzycieli może być uprawnionych w ten sposób, że dłużnik może spełnić całe świadczenie do rąk jednego z nich, a przez zaspokojenie któregośkolwiek z wierzycieli dług wygasa względem wszystkich (solidarność wierzycieli). Dłużnik może spełnić świadczenie, według swego wyboru, do rąk któregośkolwiek z wierzycieli solidarnych. [...] Skoro tak, solidarność wykonawców w zakresie zapłaty wynagrodzenia, polegająca na tym, że zamawiający ma prawo zapłacić całe wynagrodzenie jednemu spośród kilku wykonawców, musiałaby wynikać z ustawy bądź z czynności prawnej. Taka sytuacja nie występuje, a zatem każdy z wykonawców ma własne, odrębne od współkonsorcjantów prawo do zapłaty wynagrodzenia od Zamawiającego.

Solidarność prawa do wynagrodzenia musiałaby wynikać zatem z czynności prawnej – w tym wypadku umowy. Powyższe jest jednak niedozwolone w kontekście art. 58 ust. 4 Pzp, gdyż nie spełnia warunków tego przepisu – otóż nie jest to uzasadnione ani charakterem zamówienia, ani też nie jest proporcjonalne do jego przedmiotu. Przedmiotem zamówienia są bowiem usługi sprzątnięcia z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie, a ich charakter nie wymaga jednolitego rozliczenia, gdyż możliwe jest wyodrębnienie w fakturach czynności wykonanych przez poszczególnych wykonawców w ramach umowy w danym miesiącu. Określony wymóg nie jest też proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdyż w sposób poważny ogranicza podstawowe prawo wykonawcy w zamówieniach publicznych – prawo do wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, nakazując mu zawarcie porozumienia ze współkonsorcjantami co do wtórnego rozliczenia wynagrodzenia wypłaconego jedynie jednemu z nich. Warto wskazać, że Pzp nie przewiduje w takim wypadku takich gwarancji uzyskania wynagrodzenia bezpośrednio od zamawiającego, jak czyni to wypadku uprawnień podwykonawcy robót budowlanych (art. 465 Pzp), co oznacza, że możliwa hipotetycznie jest sytuacja, w której wykonawca wykonuje zamówienie bez otrzymania wynagrodzenia (musi bowiem liczyć na innego wykonawcę w tym

zakresie, bez żadnych gwarancji ustawowych) To zaś stoi w sprzeczności z regułą odpłatności zamówienia, wyrażoną w art. 7 pkt 32 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zgodnie z art. 96 ust. 1 Pzp, Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia inne niż określone w art. 95 ust. 1 wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością, zatrudnieniem lub zachowaniem poufnego charakteru informacji przekazanych wykonawcy w toku realizacji zamówienia. W myśl zaś ust. 2, Wymagania, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zastosowania określonych środków zarządzania środowiskowego;
- 2) zatrudnienia:
 - a) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
 - b) osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,
 - c) osób usamodzielnianych, o których mowa w art. 140 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej,
 - d) młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego,
 - e) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
 - f) innych osób niż określone w lit. a-e, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 176) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego,
 - g) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia.

Jak wynika z powyższego, zamawiający ma prawo określić szczególne warunki realizacji zamówienia w zakresie jego aspektów gospodarczych. Z ostrożności, hipotetycznie można przyjąć, że kwestie rozliczeń z zamawiającym zaliczają się do gospodarczych aspektów realizacji zamówienia.

W konsekwencji, przyjąć jednak należy, że zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (D. Koba, Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik, Warszawa 2004, s. 17). Dyskryminacja będzie miała miejsce, gdy zamawiający ograniczy lub utrudni dostęp do zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego wykonania, ze względu na jakąś jego cechę, w sposób nieuzasadniony przepisami prawa. (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2021, [w]: komentarz do art. 96, uwaga nr 3).

W kontekście powyższego zauważyć należy, że nawet gdyby potencjalnie Zamawiającemu przysługiwało prawo do określonego szczególnego sposobu rozliczenia wynagrodzenia w wypadku udzielenia zamówienia więcej niż jednemu wykonawcy w drodze § 19 ust. 1 załącznika nr 5 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowne („W przypadku Konsorcjum, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia/ wspólnie wykonujących Umowę, są oni zobowiązani do udzielenia pełnomocnictwa jednemu z członków Konsorcjum, zwanemu dalej „Liderem”), na podstawie komentowanego przepisu, nie zmienia to faktu, że czynność Zamawiającego należy określić także pod kątem nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Skoro zaś bez żadnego uzasadnionego powodu Zamawiający kategorycznie stwierdza, iż nie dopuszcza rozliczenia faktur miesięcznych od więcej niż jednego wykonawcy, to w ten sposób dyskryminuje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – w szczególności zaś sposób tych, którzy z uwagi na ten wymóg zmuszeni są zrezygnować z wystawienia faktury za wykonane przez siebie usługi i oczekiwać na płatność w sposób pośredni – najpierw od Zamawiającego na rzecz fakturującego współkonsorcjanta, a następnie od współkonsorcjanta na swoją rzecz.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

Zgodnie z art. 436 pkt 2 Pzp, w każdej umowie o zamówienie publiczne zamawiający ma obowiązek uregulować warunki zapłaty wynagrodzenia.

Należy przyjąć, że skoro Zamawiający w sposób wiążący dokonał w drodze § 19 ust. 1 załącznika nr 5 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy („W przypadku Konsorcjum, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia/ wspólnie wykonujących Umowę, są oni zobowiązani do udzielenia pełnomocnictwa jednemu z członków Konsorcjum, zwanemu dalej „Liderem”) wykluczył możliwość wystawiania faktur miesięcznych przez więcej niż jednego wykonawcę (nawet jeśli zamówienia udzielono kilku wykonawcom wspólnie), to jednocześnie przesądził, że wyklucza zapłatę na podstawie więcej niż jednej faktury miesięcznej (tj. wystawionej przez więcej niż jeden podmiot). Takie określenie sposobu rozliczeń jest

niedopuszczalne, z przyczyn szczegółowo opisanych w zarzutach poprzedzających – tj. przede wszystkim faktu, że stawia to w gorszej sytuacji faktycznej i prawnej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w stosunku do wykonawców ubiegających się o jego udzielenie samodzielnie, co nie znajduje żadnego uzasadnienia i jest sprzeczne z wyrażonymi w art. 16 Pzp zasadami prowadzenia postępowania.

Uzasadnienie zarzutu nr 5

Zgodnie z art. 441 Pzp ust 1: *"1. Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:*

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;*
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;*
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy."*

W § 13 ust. 1 i 2 załącznika nr 5 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy Zamawiający zastrzegł: *"1. W ramach Przedmiotu Umowy Zamawiający uprawniony jest do skorzystania z prawa opcji na zasadach i trybie opisanym poniżej.*

2. W prawie opcji Zamawiający przewiduje możliwość:

1) ograniczenia przez Zamawiającego zakresu realizacji Przedmiotu Umowy

w zakresie zmniejszenia powierzchni Szpitala objętej usługą – max. o 20% powierzchni;

ograniczenie zakresu realizacji usługi w powyższy sposób wiązać się będzie z proporcjonalnym obniżeniem wynagrodzenia Wykonawcy – max. o 20%, względem ceny wskazanej w złożonej przez Wykonawcę ofercie; tak dokonana zmiana Przedmiotu Umowy, nie będzie stanowić odstępstwa od Umowy nawet w części, ani też nie będzie skutkować odpowiedzialnością Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a Wykonawcy nie będzie przysługiwało z tego tytułu żadne roszczenie, w tym odszkodowawcze; ograniczenie przez Zamawiającego zakresu Przedmiotu Umowy może mieć charakter tymczasowy (np. w związku z objęciem pracami remontowymi części powierzchni Szpitala), bądź stały (np. w związku z przekazaniem obszaru działalności Zamawiającego w outsourcing podmiotowi trzeciemu);

2) zwiększenia przez Zamawiającego zakresu realizacji Przedmiotu Umowy w zakresie zwiększenia powierzchni Szpitala objętej usługą – max. o 10% powierzchni. Zwiększenie zakresu realizacji usługi w powyższy sposób wiązać się będzie z proporcjonalnym wzrostem wynagrodzenia Wykonawcy – max. o 2%, względem ceny wskazanej w złożonej przez Wykonawcę ofercie;

W ocenie Odwołującego takie zastrzeżenie Umowne świadczy o nadużyciu pozycji dominującej organizatora przetargu przez Zamawiającego przez skonstruowanie jednostronnie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego, nieproporcjonalnie do praw i obowiązków obu stron.

Obecny zapis powoduje, że Wykonawca przy zwiększeniu powierzchni Szpitala o 10%, będzie zmuszony do realizowania usługi zgodnie z Przedmiotem Umowy, za którą w 8% nie otrzyma wynagrodzenia. Zwiększenie zakresu realizacji usługi w powyższy sposób powinno wiązać się z proporcjonalnym wzrostem wynagrodzenia Wykonawcy – max. o 10%, względem ceny wskazanej w złożonej przez Wykonawcę ofercie.

Mając na względzie powyższe Zamawiający naruszył art. 441 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ Kodeksu Cywilnego.

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.