

Wrocław, dnia 30.05.2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02– 676 Warszawa

Odwołujący:

Impel S.A.
ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław
KRS: 0000004185
NIP: 8990106769
numer telefonu:
510011787
adres poczty elektronicznej:
d.wojciak@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko):
Daria Wójciak

Zamawiający:

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
ul. Wieniawskiego 1; 61-712 Poznań
REGON: 000001293
tel. 61 829 43 05

adres strony internetowej,
na której jest prowadzone postępowanie:
<https://e-propublico.pl/Ogloszenia>
poczta elektroniczna zamawiającego:
kw@amu.edu.pl

ODWOŁANIE

Działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej *Ustawa* lub *pzp*, składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Usługa sprzątania i utrzymania czystości w budynkach UAM składająca się z 3 części:

Część 1 - usługa sprzątania i utrzymania czystości w budynku Coll. Historicum przy ul. Uniwersytetu Poznańskiego 7 w Poznaniu,

Część 2 - usługa sprzątania i utrzymania czystości w budynku Coll. Geologicum przy ul. Krygowskiego 12 w Poznaniu,

Część 3 - usługa sprzątania i utrzymania czystości w budynku Coll. Iuridicum Novum oraz portierni Wjazdowej przy Al. Niepodległości 53 w Poznaniu.
(znak postępowania: ZP/515/U/22).

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia **2022/S 098-270260** z 20 maja 2022 roku.

„Usługa sprzątania i utrzymania czystości w budynkach UAM”

II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz związane przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 16 Ustawy** poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ;
- 2) **art. 433 pkt 4 Ustawy** poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych ze względu na dopuszczenie do dowolnego kształtowania przez Zamawiającego wielkości zamówienia i zaniechanie ustalenia w treści SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
- 3) **art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy** poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień dopuszczających nieograniczoną wielkość zmiany oraz brak jednoznacznego opisu zakresu zmiany;
- 4) **art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy** poprzez ustalenie blankietowych postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia należnego wykonawcy w zakresie węższym niż wymagany ustawą Prawo zamówień publicznych;
- 5) **art. 8, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy** w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie łącznej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę;
- 6) **art. 99 ust. 1 Ustawy** poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia;
- 7) **art. 240, 241 ust. 1 Ustawy** poprzez wskazanie kryteriów oceny ofert w sposób zbyt ogólny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

III. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie ofert, zgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Realizacja zamówienia przy istnieniu kwestionowanych postanowień SWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu, również dlatego, że wykonanie umowy na warunkach ustalonych w projekcie umowy, naraża Odwołującego na szkodę w postaci konieczności poniesienia nakładów na organizację usługi przy braku gwarancji jej wykonania co prowadzi do pozbawienia Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt. 1) Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od przekazania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach, wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 20 maja 2022 roku opublikował oraz przekazał SWZ, co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Usługa sprzątania i utrzymania czystości w budynkach UAM”. Zamówienie zostało podzielone na 3 części i jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

Ad. Zarzut 1,2,3

Zgodnie z postanowieniami § 14 załącznika nr 8 do SWZ, projekt umowy dla wszystkich części zamówienia:

- 1. Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnej czasowej i przedmiotowej zmiany umowy, tj. zmniejszenia sprzątanej powierzchni w okresie od 1 października do 30 czerwca do 4 280 m² w przypadku wystąpienia ograniczeń związanych z sytuacją pandemiczną w kraju i koniecznością prowadzenia zajęć w formie zdalnej.*
- 2. Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnej czasowej i przedmiotowej zmiany umowy, tj. zmniejszenia sprzątanej powierzchni w przypadku wyłączenia z użytkowania części powierzchni sprzątanej obiektu (np. planowanych remontów, modernizacji, sytuacji nadzwyczajnych, itp.) na okres dłuższy niż dwa tygodnie z zastrzeżeniem, że metraż ten po dokonaniu zmniejszenia nie będzie mniejszy niż 85% metrażu maksymalnego. Zamawiający o tej sytuacji powiadomi Wykonawcę drogą mailową z 30 dniowym okresem wyprzedzenia.*
- 3. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa do zmniejszenia powierzchni do sprzątania, liczba osób przewidzianych do realizacji usługi ulegnie zmniejszeniu w lokalizacjach podlegających zmniejszeniu, a wartość faktury będzie umniejszona o wartość sprzątania wyłączonej powierzchni.*
- 4. W przypadkach zmniejszenia, o których mowa w ust. 1 lub ust. 2, Zamawiający umieści odpowiedni wpis we właściwej Księżce Kontroli Stanu Czystości, o której mowa w § 6 ust. 4. Zawarcie w tym przypadku odrębnego pisemnego aneksu nie jest konieczne, a Strony zgodnie przyjmują, iż ww. pisemne powiadomienie Wykonawcy i wpis do Książki Kontroli Stanu Czystości ma już skutki zawarcia takiego aneksu przez Strony tj. został on przez Strony zawarty.*
- 5. Za okres wyłączenia części obiektu, o której mowa w ust. 1 lub ust. 2 Wykonawcy nie należy się wynagrodzenie za przedmiotową powierzchnię, która nie będzie sprzątana.*
- 6. Po zakończeniu wyłączenia części obiektu, o której mowa w ust. 1 lub ust. 2, Wykonawca będzie kontynuować wykonywanie usługi o której mowa w § 1 za wynagrodzeniem określonym § 7 ust. 3.*

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia § 14 noszą znamiona klauzuli ograniczającej wielkość zamówienia, jak i klauzuli dotyczącej istotnej zmiany umowy.

Na mocy postanowienia § 14 ust. 2 Zamawiający jest uprawniony do zredukowania wynagrodzenia wykonawcy aż o 15% wielkości zamówienia, a w przypadku przesłanek § 14 ust. 1 - do ograniczenia w ilości sprzątanej powierzchni do 4 280 m². Zamawiający, ograniczając wielkość zamówienia, nie znosi jednocześnie żadnego z innych, niż świadczenie pracy, obowiązków wykonawcy. Wykonawca jest więc zobowiązany np. do ciągłego utrzymywania w gotowości kadr, niezbędnych do realizacji zamówienia, zatrudnionych - zgodnie z umową - na podstawie stosunku pracy. Zamawiający nie rekompensuje kosztów ww. zatrudnienia, ani też żadnych innych kosztów związanych z utrzymaniem gotowości usługi. Pomimo ponoszenia przez wykonawcę kosztów stałych kontraktu, Zamawiający ogranicza się do zapłaty za usługę w zrealizowanej faktycznie części, a więc bez kosztów utrzymania gotowości usługi. Z uwagi na powyższe, klauzula ta stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienie § 14 jest niekorzystne

i dyskryminujące wobec wykonawcy, a nadto może być interpretowane jako wyzysk. Działania takie są sprzeczne zarówno z zasadą współdziałania stron, wyrażoną w art. 431 pzp, jak i zasadą swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353(1) k.c. Ze względu na cel ww. regulacji, uznać je należy za sprzeczne z prawem lub mające na celu obejście prawa tj. wadliwe ze względu na art. 58 ust. 1 i 2 k.c. Odwołujący podnosi również, że ww. postanowienia § 1 ust. 2 projektu umowy, nie spełniają wymogów art. 455 ust. 1 pzp tj. nie zawierają wymaganych ww. przepisem pzp elementów warunkujących zmianę umowy.

Przywołane we wstępie postanowienia, umożliwiają Zamawiającemu ograniczenie wielkości zamówienia do ponad 15% - wielkość podana w SWZ jest wielkością pozorną, której celem nie jest umożliwienie rzetelnej wyceny ofert.

Możliwość ograniczenia zamówienia wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy, oznacza, że minimalna wielkość zamówienia została określona w sposób niski. Zamawiającemu przysługuje bowiem prawo do zmiany wielkości umowy w zakresie prawie całego kontraktu. Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia § 14 projektu umowy nie stanowią jednoznacznej deklaracji Zamawiającego, co do wielkości zamówienia lub gwarancji do tejże wielkości. Przywołane postanowienie dowodzą, że wielkość kontraktu, i tym samym, rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, są zdecydowanie poniżej założeń i wartości określonych w SWZ, oraz, że mogą nie przekroczyć 85% przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wątpliwym jest, aby podany w SWZ zakres zamówienia, był wartością i wielkością rzeczywistą, która powinna stanowić podstawę wyceny oferty. Z uwagi na powyższe, brak wskazania w SWZ gwarantowanej wielkości zamówienia, stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp, w tym w szczególności naruszenie art. 433, art. 455 oraz art. 99 pzp, a nadto jest sprzeczne z prawem z uwagi na zasady prawa cywilnego.

Postanowienia umowne dopuszczają dowolną zmianę umowy względem treści złożonej oferty. Zmiana ta nie jest określona i sprecyzowana w myśl reguł, określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 pzp, ani też żadnych innych reguł i zasad wynikających z pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem pzp, aby zmiana umowy była dopuszczalna, musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia w sposób jasny, przejrzysty i jednoznaczny. Ponadto opis ww. zmian musi określać rodzaj i zakres tych zmian oraz warunki wprowadzenia ww. zmian. Zmiana taka nie może także skutkować modyfikacją umowy. Mając na względzie, że przywołane postanowienia umowne nie zawierają żadnego z przywołanych elementów, wymaganych ustawą pzp, to zmiana taka jest sprzeczna z ww. ustawą.

Uwagi wymaga również fakt, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniach umownych, w niektórych przypadkach, mogą być zależne wyłącznie od woli Zamawiającego. Na skutek przywołanych powyżej postanowień umownych wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż czasowe wyłączenia z realizacji zamówienia, nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego. Wykonawca zobowiązany zaś jest ponieść określone koszty stałe, zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu. Pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, sprzęt dodatkowo traci na wartości, a asortyment (np. zakupione środki czystości) mogą utracić datę przydatności do użycia.

W konsekwencji, uzasadniony jest zabieg ustawodawcy, pozwalający zagwarantować wykonawcy wyższy pułap gwarantowanej wielkości zamówienia, którego zamawiający zmniejszyć nie może.

Odwołujący podnosi, że przyjęta przez Zamawiającego metoda określenia wielkości przedmiotu zamówienia cechuje się brakiem jednoznaczności i brakiem wyczerpania pełnej możliwości dokładnego jego opisanie, co pozwala uznać je za niejasne, nieprecyzyjne, dowolne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. To zaś uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty przez wykonawcę. Zasady współżycia społecznego, winny być uwzględnione przy określeniu treści oferty, jak i potencjalnej umowy. Zasady te mają zapewnić równomierny rozkład uprawnień i obowiązków, korzyści i ciężarów szans i ryzyka. W żadnym przypadku nie powinny powodować naruszenia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej przy określeniu pozycji stron postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca, (wyrok z dnia 18.05.2015 r. sygn. akt KIO 897/15).

Odwołujący wskazuje, że wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron na poziomie 85% wpływa na decyzję wykonawców o udziale w postępowaniu. Krąg wykonawców zainteresowanych małym - niewielkim, wolumenem – zamówieniem, jest inny, niż dużym.

Uwagi wymaga również fakt, że okoliczności i przyczyny zmiany opisanej w ww. postanowieniu umownym stoją w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania. Na mocy przywołanego postanowienia umownego dozwolone jest bowiem wykreowanie po udzieleniu zamówienia innego lub nawet nowego zobowiązania wykonawcy niż to, które było przedmiotem postępowania. Odwołujący podkreśla, że tego rodzaju zmiany są zakazane w myśl pzp i dotyczą tak nieistotnych zmian umowy, jak i istotnych.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o określenie wyższego minimalnego zakresu zamówienia i dodanie w „projekcie umowy” dla wszystkich części postanowienia o treści: *„Zmniejszenie zakresu usług i wynagrodzenia wskazanego w § 7 ust. 1 w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 14 ust. 1 i 2, nie może w czasie trwania umowy, wynosić więcej niż 5 % wartości zamówienia”*.

Ad. Zarzut 4,

Odwołujący wskazuje, iż termin realizacji umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne został ustalony przez Zamawiającego, zgodnie SWZ, na okres 24 miesięcy od daty podpisania umowy tj. na okres przekraczający 12 miesięcy.

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp, w przypadku umów, zawieranych na okres dłuższy, niż 12 miesięcy, muszą one zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Umowa musi określać:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający w § 8 ust. 9 przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia cen i materiałów poprzez wprowadzenie do projektu umowy następujących zapisów:

W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. d), po złożeniu stosownego wniosku przez którąkolwiek ze Stron, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie na następujących zasadach:

- a) *Strona uprawniona jest do żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku, w którym udokumentowana przez Stronę zmiana cen materiałów lub kosztów (w rozumieniu art. 439 ust. 4 p.z.p.) związanych z realizacją Zamówienia przekroczy 2 procent względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie, przy czym Strona*

przedłożyć dokumenty potwierdzające zmianę ceny materiałów lub kosztów oraz kalkulację wpływu tej zmiany na koszt wykonania zamówienia w formie analizy porównawczej cen materiałów lub kosztów,

- b) zmiana wynagrodzenia nastąpi o wartość zmiany średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem za rok poprzedni, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” (dalej: Wskaźnik), zgodnie z przepisami ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tj. Dz.U. z 2020 r, poz. 1118 z późn. zm.), jednak nie więcej jak o 5 (pięć) procent w całym okresie trwania Umowy względem wynagrodzenia wskazanego w § 7 ust. 1 i 3,*
- c) zmianie ulegnie wysokość wynagrodzenia w części przeznaczonej na zakup materiałów i pokrycie pozostałych kosztów przez Wykonawcę, z wyłączeniem kosztów Wykonawcy podlegających waloryzacji na podstawie innych zapisów Umowy lub przepisów prawa,*
- d) pierwsza waloryzacja nastąpi po 12 (dwunastu) miesiącach od dnia podpisania Umowy i będzie uwzględniać ostatni ogłoszony przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego Wskaźnik, z zastrzeżeniem art. 439 ust. 3 p.z.p.,*
- e) każda kolejna waloryzacja może następować po upływie 12 (dwunastu) miesięcy od poprzedniej z zachowaniem procedury opisanej w nin. ustępie,*
- f) w przypadku likwidacji Wskaźnika lub zmiany podmiotu, który urzędowo ustala lub ogłasza Wskaźnik, przepisy niniejszego ustępu stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy Wskaźnik lub podmiot,*
- g) waloryzacja wynagrodzenia zgodnie z niniejszym ustępem stanowi zmianę Umowy,*
- h) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z niniejszym ustępem, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi, okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.*

Odwołujący podkreśla, iż zasady wynikające z przepisów Ustawy, zostały wprowadzone do umowy jedynie jako wartości pozorne. Zamawiający w § 8 ust. 9 lit b nieprecyzyjnie wskazuje czy wartość dotycząca zmiany umowy odnosi się do wartości całości umowy, czy do jej wartości miesięcznej. Daje to Zamawiającemu możliwość dowolnej interpretacji w zakresie rozpatrzenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia w zakresie cen i materiałów co narusza postanowienia art. 439 Ustawy.

Odwołujący zaznacza, iż waloryzacja dopuszczalna jest po 12 miesiącach i wskazuje, iż kolejna możliwa waloryzacja nastąpić może po upływie 12 miesięcy. Z uwagi, iż umowa zawarta ma być na okres 24 miesięcy, Zamawiający w praktyce dopuszcza jedynie jedną zmianę waloryzacyjną.

Zauważyć należy również, iż określony przez Zamawiającego poziom, zmian na poziomie rażąco niskim tj. 5% wartości umowy, przy obecnym wskaźniku inflacji, nie daje Wykonawcy gwarancji zwrotu choćby połowy kosztów adekwatnych do podwyżek cen materiałów i innych kosztów, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień umowy, w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost ceny materiałów lub kosztów w stosunku do cen, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę § 8 ust. 9 projektu umowy dla wszystkich części zamówienia w zakresie postanowień zgodnych z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. klauzuli, na podstawie której wprowadzane będą zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, poprzez wykreślenie § 8 ust. i wpisanie w jego miejsce postanowień o treści::

Strony zobowiązują się dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym

mowa w § 7 ust. 1 umowy w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów, związanych z realizacją przedmiotu umowy (dalej także jako „indeksacja wynagrodzenia”), na następujących zasadach:

- a) zmiany dokonywane będą w oparciu o kwartalne wskaźniki wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogłaszane w komunikatach Prezesa GUS.
- b) zmiany mogą zostać wprowadzone na wniosek Strony nie wcześniej niż po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy -, przy czym zmiana jest dopuszczalna:
 - w przypadku pierwszej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał, poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym przypadał termin składania ofert;
 - w przypadku każdej kolejnej indeksacji - jeśli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w ppkt. a) za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o indeksację wynagrodzenia, wzrośnie lub spadnie o min. 0,2% w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia indeksacja;
- c) Strony mogą występować z wnioskami o indeksację wynagrodzenia nie częściej, niż jeden raz na 3 miesiące;
- d) suma zmian wynagrodzenia Wykonawcy w wyniku indeksacji, wprowadzonych w trakcie obowiązywania Umowy, nie może przekroczyć 15% wynagrodzenia, o którym mowa w ust § 21 ust. 1.
- e) zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Ad. Zarzut 5,

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w § 10 projektu umowy zawarł następujące postanowienia, dotyczące kar umownych:

1. W przypadku stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę potwierdzonego odpowiednimi wpisami do Książki Kontroli Stanu Czystości Zamawiający ma prawo naliczenia kary umownej w wysokości 5% wartości brutto faktury wystawionej za dany miesiąc, za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z zastrzeżeniem ust. 2 i 3.
2. W przypadku używania przez Wykonawcę środków nieodpowiednich do czyszczonej powierzchni, nie posiadających kart charakterystyki lub też nieskutecznych, Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia kary umownej w wysokości 10% wartości brutto faktury wystawionej za dany miesiąc, za każdy przypadek nienależytego wykonania umowy.
3. W przypadku, gdy w danym miesiącu Wykonawca jeden raz nie usunie wad w wykonaniu usługi, w terminie wyznaczonym przez Kierownika Obiektu wskazanego w § 6 ust. 2 lub osobę przez niego upoważnioną, zgodnie z § 6 ust. 7 umowy lub dopuści się wadliwego wykonania usługi, o którym mowa w § 6 ust. 8, Zamawiający ma prawo naliczenia kary umownej w wysokości 8 % wartości brutto faktury wystawionej za dany miesiąc, za każde następne w tym samym miesiącu nieterminowe usunięcie wad, lub dopuszczenie się wadliwego wykonania usługi, o którym mowa w § 6 ust. 8.
4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2 % całkowitej wartości umowy brutto określonej w § 7 ust. 1 za każdy dzień zwłoki w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 9 lub § 4 ust. 11.
5. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2 % całkowitej wartości umowy brutto określonej w § 7 ust. 1 za każdy dzień zwłoki w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 10.
6. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000,00 zł netto za każdorazowy brak kontroli jakości usług sprzątnięcia potwierdzonej wpisem w Książce Kontroli Stanu Czystości przez koordynatora zgodnie z częstotliwością wskazaną w § 4 ust. 13
7. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2 % całkowitej wartości umowy brutto określonej w § 7 ust. 1 w przypadku, gdy w jakimkolwiek czasie realizacji umowy nie będą zatrudnione osoby niepełnosprawne, w liczbie i wymiarze etatu określonym w § 4 ust. 7.

8. *Kary umowne podlegają sumowaniu. W przypadku gdy suma kar umownych przekroczy 5% wartości umowy brutto, Zamawiający w trybie natychmiastowym może wypowiedzieć niniejszą umowę.*
9. *Łączna wartość kar umownych naliczonych na podstawie postanowień Umowy nie może przekroczyć 50% wartości umowy brutto określonej w § 7 ust. 1.*
10. *Suma kar naliczonych za dany miesiąc nie może przekroczyć wysokości wartości faktury brutto za ten miesiąc.*
11. *Zamawiający w terminie od daty zawarcia niniejszej umowy do upływu 3 (trzech) miesięcy liczonych od terminu wykonania przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 1 niniejszej umowy, jest uprawniony do odstąpienia od niniejszej umowy, w całości lub w części, w przypadku naruszenia któregośkolwiek z jej postanowień przez Wykonawcę, o ile Wykonawca nie usunie skutku takiego naruszenia w terminie 5 dni roboczych od wezwania go przez Zamawiającego do prawidłowego wykonania umowy.*

Zdaniem Odwołującego, kary powyższe oraz ich łączna suma (50 % łącznej wartości brutto umowy) zostały zastrzeżone w rażąco wygórowanych kwotach. Ich wysokość, w ocenie Odwołującego, w żaden sposób nie koresponduje z zakładanym wynagrodzeniem należnym Wykonawcy z tytułu realizacji poszczególnych świadczeń w ramach umowy, jak również nie odzwierciedla potencjalnej szkody, którą mógłby na skutek naruszenia przez Wykonawcę postanowień umownych ponieść Zamawiający. Zauważenia zaś wymaga, że zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych w oderwaniu od wartości potencjalnej jego szkody, może skutkować tym, że dojdzie do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy, co w konsekwencji wykracza poza dopuszczalne granice umów, a tym samym stanowi naruszenie przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Określając treść umowy w sprawie zamówienia publicznego musi jednak mieć na uwadze ograniczenia wynikające z art. 353¹ oraz art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący pragnie również zastrzec, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, instytucja zamawiająca, która kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy jedynie zgodnie ze swoim wyobrażeniem, w sposób arbitralny i dowolny. Nie jest uprawnione obarczanie Wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża Zamawiającego. W szczególności wskazania wymaga, że rażąco wysoka kara umowna to błąd w SWZ – tak przykładowo orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 roku (sygn.. akt KIO 980/18, KIO 983/18). Stąd biorąc pod uwagę liczbę zastrzeżonych kar umownych, ich znaczne kwoty, fakt ich zastrzeżenia wyłącznie na rzecz Zamawiającego, powoduje, że żądanie Odwołującego w zakresie modyfikacji postanowień SWZ i w zakresie kar umownych, jest w pełni uzasadnione.

Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).

Uzupełniając powyższe, Prezes UZP twierdzi, że w orzecznictwie podnosi się, że „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

Odwołujący podkreśla, iż nowelizacja ustawy miała na celu wyeliminowanie zapisów, prowadzących do stosowania kar rażąco wygórowanych. Zachwiana zostaje wtedy relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania, a wysokością kary umownej w wykonaniu przedmiotu umowy, z jak i wtedy, gdy zachwiany zostaje stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

W odniesieniu do sumy zastrzeżonych kar umownych Odwołujący stwierdza, że została ona

ustalona na nadmiernie wysokim poziomie i wnosi o jej stosowne obniżenie. Na gruncie przepisów prawa cywilnego nie ma podstaw do uznania kary umownej jako środka prewencyjnego, którego celem jest silne oddziaływanie na niesolidnych wykonawców w sposób zapewniający należyte wykonanie umowy. Zatem nieuzasadnione przez Zamawiającego kumulowanie kar umownych do nadmiernego poziomu, stanowi rażące naruszenie prawa. Rażąco wygórowane kary powodują sprzeczność pomiędzy celem umowy, a zasadami współżycia społecznego, czego skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego).

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o zmniejszenie sumy kar umownych poprzez zmianę postanowienia § 10 ust. 9 projektu umowy dla wszystkich części tj. wykreślenie wartości „50%” i zastąpienie jej wartością „10%”.

Ad. Zarzut 6,

Odwołujący wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentacji postępowania narusza przepis art. 99 Ustawy, zgodnie z którym:

1. 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.
2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
3. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Zamawiający w pkt III pkt 6-9 SWZ Opis przedmiotu zamówienia umieścił następujące postanowienia:

Wykonawca w formularzu oferty (zał. nr 1 do SWZ) oświadczy jakie środki czystości będą stosowane do realizacji zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego Wykonawca dostarczy przedmiotowe środki dowodowe:

*a) **aktualne karty charakterystyki** środków czystości. W przypadku, gdy środek **nie posiada** karty charakterystyki, zamawiający dopuszcza dostarczenie zamiast karty charakterystyki oświadczenie o spełnianiu wymogów produktu umożliwiające ocenę zgodności oferowanych środków z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku A.*

*b) **próbki środków czystości** wymienionych w Załączniku A, B, C. **Próbki** muszą być opisane (nazwa wykonawcy, rodzaj środka czystości – etykieta lub/i nazwa lub numer porządkowy wg tabeli zawartej w pkt. 4 formularza oferty. UWAGA: papier toaletowy oraz ręczniki ZZ – należy dostarczyć **po 2 próbki** zaplombowane i opieczetowane przez Wykonawcę.*

Wszystkie dostarczone środki czystości, winny być zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, o bezspornej, dobrej jakości, dopuszczone do użytkowania i obrotu na rynku polskim, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Próbki środków czystości należy dostarczyć do upływu terminu przewidzianego na składanie ofert do budynku:

Coll. Historicum przy ul. Uniwersytetu Poznańskiego 7 w Poznaniu

W przypadku zaoferowania takich samych środków czystości we wszystkich częściach dopuszczalne jest złożenie jednego kompletu próbek.

Zamawiający nie dopuścił dostarczenia ulotek/opisów/kart technicznych produktów/ środków, w których znajdują się informacje na temat cech produktów. Podkreślenia wymaga fakt, iż nie wszystkie środki posiadają karty charakterystyki i zapis powyższy stanowi ograniczenie konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie określił ponadto, czy dopuszcza złożenie jednego kompletu przedmiotowych środków dowodowych w przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje te same środki lub materiały do każdej z części zamówienia.

Ponadto wskazać należy, iż Zamawiający w załącznikach A,B,C wskazał opis wymaganych produktów w sposób nieprecyzyjny, niedokładny i mało szczegółowy:

- 1) opis papieru toaletowego – duże rolki, nie dopuszczając zastosowania produktów równoważnych. Opis przedmiotu zamówienia w przypadku papieru toaletowego jest zbyt ogólny i może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert.

Zamawiający winien dopuścić zastosowanie materiałów z zastosowaniem tolerancji +/-5%.

Jest to zmiana niezbędna i wynika z tego, że:

- Przy produkcji materiałów higienicznych nie ma możliwości idealnego zachowania parametrów, tylko w określonym zakresie tolerancji;
- Wielkość tolerancji parametrów nie wpływa na jakość użytkową oferowanych produktów;
- Producenci mają ograniczone dostawy surowców do produkcji materiałów higienicznych, co powoduje, że większość materiałów nie jest w ogóle dostępna lub dostępna w okrojonym zakresie.

Odwołujący podkreśla, iż Wykonawcy nie mają wpływu na dostępność na rynku oferowanych przez producentów produktów higienicznych oraz ich aktualnych i obowiązujących dokumentów, w których są opisane obowiązujące parametry.

- 2) opis składanie ręczników nie pasuje do standardowych pojemników na ręczniki składane (zwane popularnie ZZ). Tolerancja opisanych parametrów winna wynosić +/-5%, gdyż:
 - Przy produkcji materiałów higienicznych nie ma możliwości idealnego zachowania parametrów, tylko w określonym zakresie tolerancji;
 - Wielkość tolerancji parametrów nie wpływa na jakość użytkową oferowanych produktów;
 - Producenci mają ograniczone dostawy surowców do produkcji materiałów higienicznych, co powoduje, że większość materiałów nie jest w ogóle dostępna lub dostępna w okrojonym zakresie.
- 3) opis płynu do dezynfekcji powierzchni został dokonany w sposób uniemożliwiający złożenie oferty.
Jak wynika z informacji od producentów środków do dezynfekcji, nie ma środka, który posiada skład wskazany przez Zamawiającego,
- 4) opis płynu do dezynfekcji rąk został dokonany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.
Jak wynika z informacji od producentów na rynku jest dostępny tylko jeden produkt, który posiada skład wskazany przez Zamawiającego.
- 5) opis odświeżaczy powietrza nie zawiera wskazania jakiego rodzaju (w sprayu, elektrycznych, w żelu) jest wymagany,
- 6) opis środków czystości gwarantujących bezpieczeństwo antypoślizgowe nie zawiera informacji, czy wymóg antypoślizgowości dotyczy środków do konserwacji podłóg w zależności od rodzaju powierzchni.
- 7) Zamawiający wymaga, aby środki posiadały właściwości antystatyczne, nie wskazuje jednak, czy wszystkie środki mają posiadać właściwości antystatyczne, czy jedynie te, dla których jest to wymagane, z racji ich przeznaczenia,

- 8) Zamawiający wymaga dostarczania kostek dezynfekujących do muszli. Na rynku polskim nie ma kostek o właściwościach dezynfekujących.

Odwołujący wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu został dokonany z naruszeniem art. 99 Pzp, ponieważ określa wymogi, których wykonawcy nie są w stanie spełnić. Celem regulacji art. 99 jest zapobiegnięcie przypadkom, w których wykonawcy byłiby wprowadzani w błąd co do przedmiotu zamówienia poprzez niejasne, niejednoznaczne i niepełne wytyczne wskazane przez zamawiającego. Obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w art. 99 Ustawy, oznacza, iż z opisu przedmiotu zamówienia musi wynikać dokładny zakres zamówienia oraz warunki jego realizacji. Opis przedmiotu zamówienia ma zapewnić, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować co jest jego przedmiotem oraz pozwolić na przygotowanie oferty i obliczenie ceny wykonania świadczenia. Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego Ustawa (tak w Kontrola Urząd Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2015, KD/16/15).

Odwołujący podkreśla, że Ustawa zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a który jest zakazany w myśl art. 99 ust. 4 Ustawy. Aby zasada dotycząca opisu przedmiotu zamówienia wypływająca z art. 99 ust. 4 ustawy mogła zostać zrealizowana zamawiający powinien podczas dokonywania tego opisu wskazać tylko te jego cechy, które mają dla niego znaczenie kluczowe i istotnie są uzasadnione celem prowadzonego postępowania. Swoboda zamawiającego w precyzowaniu swoich wymagań ograniczona jest bowiem w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interesy Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej zaś nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SWZ, Zamawiający musi więc na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy (tak Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06).

Jednocześnie zauważyć należy, że ustawodawca sankcjonuje samo już zagrożenie naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez zamawiającego, a co za tym idzie osłabia ciężar dowodowy, który obciążałby wykonawcę chcącego kwestionować z tego powodu czynności dokonane przez zamawiającego. Ponieważ art. 99 ust. 4 Pzp posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” oznacza to, że na Odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym.

Opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu został dokonany z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ dobrane przez Zamawiającego zestawienia parametrów stosowanych środków czystości nie są dostępne na rynku, lub wskazują na konkretnego producenta, tym samym uniemożliwiają Odwołującemu jak i innym Wykonawcom złożenie oferty. Odwołujący podkreśla, że parametry podane przez Zamawiającego nie mają funkcjonalnego uzasadnienia, a pozostawienie tych rozwiązań nie będzie miało wpływu na potrzebne Zamawiającemu wartości użytkowe przedmiotu zamówienia, natomiast jedynym ich skutkiem będzie ograniczenie konkurencji.

W wyroku KIO 8/21 z 28 stycznia 2021r Izba wskazała, iż: „(...) zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Bez uzasadnionych, obiektywnych powodów nie dopuścił bowiem nawierzchni innych producentów niż jednoznacznie wskazana przez niego firma. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę, gdyż zamawiający pozbawia się możliwości wyboru spośród konkurencyjnych systemów. Dodatkowo ograniczając konkurencję, wpływa na zmniejszenie się rynku wykonawców oferujących

wykonanie systemów różnych producentów. Taka sytuacja może prowadzić do stopniowego wypierania jednych produktów przez drugie bez względu na ich walory jakościowe. W konsekwencji przyczynia się do powstania monopolu, który może zaprzestać rozwoju jakościowego z uwagi na niezagrożoną pozycję rynkową (...).

W ocenie Odwołującego powszechnie dostępne i stosowane na rynku środki czystości i higieniczne cechują się innymi parametrami niż wskazane przez Zamawiającego, a co za tym idzie ograniczenie zakresu wyłącznie do jednego parametru uniemożliwia udział w postępowaniu Wykonawcom dysponującym innymi parametrami niż wskazane przez Zamawiającego.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o zmiany załączników A, B i C oraz opisu przedmiotu zamówienia do SWZ w następujący sposób:

- 1) w odniesieniu do papieru toaletowego – o dopuszczenie tolerancji opisanych parametrów +/- 5%;
- 2) w odniesieniu do ręczników ZZ, - o dopuszczenie:
 - a) ręczników składanych V, które pasują do standardowych pojemników na ręczniki składane (zwane popularnie ZZ). Zmiana ta wynika jedynie z obowiązującej u wielkości producentów nomenklatury i nie ma wpływu na wielkości ręcznika czy jego jakość i dopasowanie do dozowników;
 - b) tolerancji opisanych parametrów ręczników +/-5%;
- 3) w odniesieniu do płynu do dezynfekcji powierzchni - o dopuszczenie do oceny produkt do dezynfekcji powierzchni, w skład którego wchodzi (zgodnie z obowiązującą dokumentacją):
 - Etanol (zawartość procentowa nie mniej niż 60%)
 - Propan-2-ol (zawartość procentowa 3-10%)Jest to środek, który ma najbardziej zbliżony jakościowy i ilościowy skład, wymagany pierwotnie przez Zamawiającego. W przypadku braku wyrażenia zgodny, prosimy o wskazanie jaki płyn do dezynfekcji powierzchni spełni oczekiwania Zamawiającego.
- 4) w odniesieniu do płynu do dezynfekcji rąk - o dopuszczenie do oceny produkt do dezynfekcji powierzchni, w skład którego wchodzi (zgodnie z obowiązującą dokumentacją):
 - Etanol (zawartość procentowa nie mniej niż 60%),
 - Propan-2-ol (zawartość procentowa 3-10%),
 - Gliceryna (Glicerol) 1-5%;
- 5) w odniesieniu do odświeżaczy powietrza – wskazanie, jakiego rodzaju odświeżacz jest wymagany (w sprayu, elektrycznych, w żelu);
- 6) w odniesieniu do środków czystości, gwarantujących bezpieczeństwo antypoślizgowe - wskazanie, czy wymóg antypoślizgowości dotyczy środków do konserwacji podłóg w zależności od rodzaju powierzchni;
- 7) w odniesieniu do właściwości antystatycznych środków – wskazanie, które z nich mają takie właściwości posiadać (czy wszystkie środki, czy jedynie te, dla których jest to wymagane, z racji ich przeznaczenia);
- 8) w odniesieniu do kostek toaletowych – wykreślenie wymagania, dotyczącego właściwości dezynfekujących tych kostek;
- 9) w odniesieniu do innych parametrów środków/materiałów oraz przedmiotowych środków dowodowych, związanych z opisem przedmiotu zamówienia:
 - dopuszczenie do realizacji usługi grupy środków dezynfekujących, będących wyrobami

medycznymi - Zamawiający do realizacji usługi – jako środki dezynfekujące - dopuszcza jedynie środki biobójcze, wpisane do wykazu środków biobójczych (ponieważ oprócz środków dezynfekujących, które są produktami biobójczymi podczas, gdy właściwości dezynfekcyjne mają nie tylko środki biobójcze, ale też wyroby medyczne;

- doprecyzowanie informacji, że karty charakterystyki wymagane są tylko dla środków, które zgodnie z obowiązującymi przepisami mają je posiadać (Zamawiający w § 4 pkt 3 umowy umieścił zapis: „Nadto wszystkie dostarczone środki i artykuły wykorzystywane do realizacji usługi muszą posiadać karty charakterystyki, które powinny być dostarczone do Zamawiającego na jego żądanie”, choć nie wszystkie środki muszą posiadać karty charakterystyki, np. preparaty będące kosmetykami (mydło) podlegają zgłoszeniu produktów kosmetycznych Komisji drogą elektroniczną za pośrednictwem CPNP, natomiast papier toaletowy, ręczniki papierowe, zgodnie z obowiązującymi przepisami, nie muszą posiadać żadnych specjalnych dokumentów).

Ponadto Odwołujący wnosi o:

- 1) Dopuszczenie ulotek/opisów/kart technicznych produktów/ środków jako przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających zgodność oferowanych środków/materiałów z wymaganiami Zamawiającego;
- 2) Określenie przez Zamawiającego, czy dopuszcza złożenie jednego kompletu przedmiotowych środków dowodowych w przypadku, gdy Wykonawca zaoferuje te same środki lub materiały do każdej z części zamówienia.

Ad. Zarzut 7,

Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w dokumentach zamówienia.

Przepis art. 240 ustawy Pzp wymaga, by zamawiający opisał kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz muszą umożliwić weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Zamawiający w punkcie XIII SWZ Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert wskazuje, jako jedno z kryterium oceny ofert, doświadczenie koordynatora, podając następujący sposób oceny ofert:

KRYTERIUM – doświadczenie zawodowe koordynatora - na podstawie oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym

Punkty w kryterium doświadczenie zawodowe koordynatora zostanie przyznane na podstawie oświadczenia zawartego w Formularzu oferty. Punkty będą przyznawane w następujący sposób:

- doświadczenie zawodowe koordynatora 0-1 rok – 0 pkt.
- doświadczenie zawodowe koordynatora – powyżej 1 roku do 3 lat – 5 pkt.
- doświadczenie zawodowe koordynatora powyżej 3 lat do 5 lat – 10 pkt.
- doświadczenie zawodowe koordynatora powyżej 5 lat – 30 pkt.

Maksymalna liczba pkt. do zdobycia: 30,00 pkt.

Odwołujący wskazuje, iż sposób przyznawania punktów w kryterium „doświadczenie koordynatora” został opisany niejasno, bez wskazania konkretnych okoliczności bądź charakteru czynności, które owo doświadczenie miałoby potwierdzać.

W wyroku z dnia 3 września 2013 r., KIO 2007/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Kryteria oceny ofert muszą być zaprezentowane w SIWZ w taki sposób, by wykonawca na ich podstawie był w stanie uzyskać wiedzę, jakie cechy i właściwości oferowanego przez niego przedmiotu będą uznane za pozwalające na uzyskanie wysokiej pozycji w ramach porównania ofert. Powyższe

sprawdza się do określenia, jakie cechy, właściwości, elementy ma spełniać kategoria podlegająca ocenie, w taki sposób, by wykonawca wiedział, co zostanie ocenione wyżej, a co niżej, jakie elementy są uznawane przez zamawiającego za lepsze i wysoko oceniane, jakie zaś niżej, albo jakie dyskwalifikują ofertę oraz zadanie wskazywane dla oceny w kryterium pozacenowym”.

„Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić ustanowiony w orzecznictwie obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiający uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i rozwiązań, które będą stosowane w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Obowiązkiem instytucji/podmiotów zamawiających jest więc określenie kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą w odpowiednim czasie umożliwiającym kandydatom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert” (motyw 70 dyrektywy 2009/81/WE).

„Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów” (motyw 92 dyrektywy 2014/24/UE).

W wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., KIO/UZP 1327/10, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że nie można kwestionować prawa zamawiającego do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie zamawiającego wynika bowiem z art. 91 ust. 2 Pzp2004, który - nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty - zezwala na ich dowolne ustalenie, pod warunkiem, że dotyczyć będą przedmiotu zamówienia oraz z ograniczeniem dotyczącym kryteriów podmiotowych (art. 92 ust. 3 Pzp2004). Jednakże w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda ustalania kryteriów oceny ofert doznaje dalszych ograniczeń. Zasada powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, w tym w zakresie oceny ofert.

Ocena ofert w zgodzie z powyższą zasadą może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny, a informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców, ponieważ są dla nich wskazówką, czego oczekuje zamawiający, jak przygotować ofertę i według jakich zasad oferta ta będzie oceniana.

W wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., KIO/UZP 1327/10, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła również uwagę, że „Szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka, jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji.”

W uchwale z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/02, Sąd Najwyższy uznał, że „Jeśli zatem dochodzi do sytuacji, w której sformułowane kryteria mają charakter sztuczny, a zatem ich celem jest w istocie stworzenie korzystniejszej pozycji konkurencyjnej dla poszczególnych podmiotów, to należy uznać, że tego rodzaju praktyka narusza art. 16 uzp. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a kształt tych kryteriów musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej”.

ŻADANIE:

Odwołujący wnosi o modyfikację kryterium oceny ofert w taki sposób, aby zostało jasno sprecyzowane, jakiego rodzaju doświadczenie koordynatora będzie punktowane w przyjętym kryterium oceny ofert (wskazania konkretnych okoliczności bądź charakteru czynności, które owo doświadczenie miałyby potwierdzać).

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

.