

Łódź, dnia 7 października 2024 roku

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

**Zamawiający:** Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego  
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej  
w Krakowie  
os. Na Skarpie 66, 31-913 Kraków  
KRS: 0000035552  
Tel.: 12 622 94 13, 622 94 87  
E-mail: [zpubl@zeromski-szpital.pl](mailto:zpubl@zeromski-szpital.pl)  
[www.zeromski-szpital.pl](http://www.zeromski-szpital.pl)

**Odwołujący:** „IZAN+” sp. z o.o.  
z siedzibą w Krakowie  
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków  
KRS: 0000171397  
Tel. +48 426405777  
FAX: +48 422572816  
e-mail: [przetargi@rekeep.pl](mailto:przetargi@rekeep.pl)

reprezentowana przez pracownika – Klaudia Sobczyńska  
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie kompleksowych usług utrzymania czystości w zakresie strefy białej, dezynfekcji powierzchni, strefy szarej, terenów zewnętrznych oraz terenów zielonych Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Żeromskiego SP ZOZ w Krakowie, os. Na Skarpie 66, 31-913 Kraków”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 27 września 2024 roku, nr wydania: Dz.U. S: 189/2024, nr publikacji ogłoszenia: 581893-2024, numer referencyjny: SZP-271-22/24

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – „IZAN +” sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 j.t. - zwanej dalej „Pzp”):

- I. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany, tj.:
  - 1) określenie kryteriów oceny ofert w postępowaniu;
  - 2) projektowane postanowienia umowy;
  - 3) określenie warunków udziału w postępowaniu;
- II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:
  - 1) **art. 246 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez określenie kryterium ceny jako kryterium oceny ofert o wadze 100%, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do określenia kryterium

jakościowego 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. 438 ust. 1 i 2 w zw. art. 95 ust. 1 Pzp** poprzez zastrzeżenie w dokumentach zamówienia – projektowanych postanowieniach umowy, że:
- a. weryfikacja i kontrola zatrudnienia osób realizujących zamówienie w oparciu o stosunek pracy będzie następować poprzez składanie zestawień osób i oświadczeń, bez obowiązku przedłożenia dokumentów źródłowych, w szczególności projektowane postanowienia umowy nie przewidują możliwości żądania przez Zamawiającego poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,
  - b. weryfikacja będzie dotyczyć osób zatrudnionych przy wykonywaniu czynności w zakresie sprzątania powierzchni szpitalnych (strefa biała, szara i zielona), podczas gdy z pkt. 4.3. SWZ wynika, że wymóg zatrudnienia pracowniczego dotyczy osób zatrudnionych przy czynnościach mycia, dezynfekcji, transportu wewnętrznego i transportu odpadów, na skutek czego przedmiotowe postanowienie jest sprzeczne z treścią SWZ, przez co z dokumentów zamówienia nie wynika w sposób jednoznaczny, które czynności objęte przedmiotem zamówienia wymagają zatrudnienia osób realizujących zamówienie w oparciu o stosunek pracy,
- 3) **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp** poprzez określenie w dokumentach zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy – dysponowania osobami kierownika obiektu i brygadzystów, który to warunek jest nieproporcjonalny, niezwiązany z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim wymaga wykazaniem się dysponowaniem osobami brygadzystów z rocznym doświadczeniem abstrahując od tego, czy ich doświadczenie dotyczy realizacji usług takich jak objęte opisem przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,
- 4) **art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 17 Pzp** poprzez określenie w dokumentach zamówienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, który to warunek jest nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia tj. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu na zbyt niskim poziomie zdolności w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalane na odpowiednim poziomie, proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz związane z przedmiotem zamówienia oraz sformułowane zgodnie z zasadami proporcjonalności, przejrzystości oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców tj. w sposób, który gwarantuje wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię;

### III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1):
- c. dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie pkt. 5.1.10 przez nadanie mu następującego brzmienia:

*Kryterium 1:*

*Rodzaj: Cena*

*Opis: Cena oferty 60%*

*Waga (wartość procentowa, dokładna): 60*

*Kryterium 2:*

*Rodzaj: Kontrola jakości*

*Opis: Kontrola jakości wykonywanej usługi w zakresie utrzymania czystości*

*Waga (wartość procentowa, dokładna): 40*

- d. dokonania zmiany SWZ w zakresie pkt. 22.1-22.2 przez nadanie im następującego brzmienia:

*22.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie niżej podane kryteria:*

*Cena - 60%*

*Kontrola jakości wykonywanej usługi w zakresie utrzymania czystości – 40 %*

*22.2. Punkty przyznawane za podane kryteria będą liczone według następujących wzorów:*

*CENA*

*Cena*

*Liczba punktów = ( Cmin/Cof ) \* 100 \* waga*

*gdzie:*

- Cmin - najniższa cena spośród wszystkich ofert*
- Cof - cena podana w ofercie*

*KONTROLA JAKOŚCI*

*Powyższe kryterium oceniane będzie na podstawie:*

*a) złożonego do oferty dokumentu potwierdzającego wdrożenie oraz stosowanie przez okres co najmniej 12 miesięcy programu monitorującego poziom higieny szpitalnej bazującego na wytycznych Centers for Disease Control and Prevention dla obszarów szpitalnych wystawiony przez podmiot, w którym powyższy program został wdrożony:*

- potwierdzenie wystawione przez jeden podmiot szpitalny, w którym powyższy program został wdrożony - 20 pkt*
- potwierdzenie wystawione przez dwa różne podmioty szpitalne, w których powyższy program został wdrożony – 40 pkt*

*W skład programu wchodzi następujące wymagania:*

- żel fluorescencyjny w ilości min. 10 szt. Na oddział miesięcznie, konfekcjonowany w małe tubki, zakończone gąbką, służącą do aplikacji żelu,
- elektroniczne urządzenie do rejestracji danych (min. 2 szt.),
- raporty monitorujące poziom higieny szpitalnej (podział na oddziały, wybrane powierzchnie), min. 1 x na pół roku.

Oraz

złożenie oświadczenia Wykonawcy potwierdzające wdrożenie u Zamawiającego oraz stosowanie przez cały okres trwania umowy w/w programu.

W skład wdrożonego u Zamawiającego programu wchodzić będą następujące elementy:

- żel fluorescencyjny w ilości min. 10 szt. Na oddział miesięcznie, konfekcjonowany w małe tubki, zakończone gąbką, służącą do aplikacji żelu,
- elektroniczne urządzenie do rejestracji danych (min. 2 szt.),
- raporty monitorujące poziom higieny szpitalnej (podział na oddziały, wybrane powierzchnie),

przygotowywane min. 1 x na pół roku."

b) brak dokumentu, określonego w pkt. a) - 0 pkt.

Dokumenty, o którym mowa w pkt. 22.2, należy złożyć wraz z ofertą.

- 2) w zakresie zarzutu nr 2): dokonania modyfikacji załącznika nr 12 do SWZ – projektowanych postanowień umowy przez nadanie § 21 ust. 1-4 następującego brzmienia:

1. Zamawiający przewiduje w ramach wymagań, o których mowa w art. 95 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, realizację przedmiotu postępowania określonego w ogłoszeniu o zamówienie lub dokumentach zamówienia, przez osoby wykonujące czynności w zakresie mycia, dezynfekcji, transportu wewnętrznego, transportu odpadów, a także sprzątnięcia powierzchni szpitalnych (strefa biała, szara i utrzymanie terenów zewnętrznych oraz zielonych) na podstawie umów o pracę zawartą przez Wykonawcę lub podwykonawców w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1976 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320, z późn. zm.).

2. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu zatrudnienie, o którym mowa ust. 1 powyżej.

3. Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu najpóźniej w ciągu 3 dni od zawarcia umowy oświadczenia Wykonawców lub podwykonawców, którymi posługuje się przy realizacji umowy, które to oświadczenie:

- zawierać będzie imienną listę pracowników zatrudnionych do wykonywania usług na rzecz Zamawiającego, oraz potwierdzać okoliczność, że osoby te zatrudnione są na podstawie umowy o pracę, tzn. należy złożyć w/w wykaz wraz z kopiami umów o pracę,
- potwierdzać będzie, że wszyscy zatrudnieni pracownicy posiadają przeszkolenie w zakresie BHP oraz przepisów przeciwpożarowych, jak również, iż posiadają aktualne orzeczenie lekarskie o zdolności do pracy,
- zawierać będzie wskazanie pracowników mających uprawnienia do wykonywania prac na wysokościach.

4. W trakcie obowiązywania umowy Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo do przedkładania Zamawiającemu aktualnych oświadczeń, o których mowa w ust. 3 nie później niż w ciągu 7 dni od zmiany w składzie personelu, jak również w uzasadnionych przypadkach na żądanie Zamawiającego w ciągu 14 dni od zgłoszenia stosownego żądania. Ponadto, niezależnie od obowiązków wskazanych w ust. 3 i w zdaniu poprzedzającym, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu w terminie 14 dni od otrzymania żądania kopii umowy o pracę oraz innych stosownych dokumentów dotyczących danego pracownika, potwierdzających fakt zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, zawierających imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę oraz zakres obowiązków pracownika.

3) w zakresie zarzutu nr 3):

a) dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie pkt. 2.1.2. przez dodanie do jego treści warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu następującym:

Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje co najmniej następującymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: A. jedną osobą zarządzającą /kierownik obiektu/: osobą posiadającą odpowiedni poziom wiedzy oraz doświadczenie w realizacji przedmiotowej usługi tj. posiadającą wykształcenie min. średnie oraz min. 2 letnie doświadczenie na tożsamym lub podobnym stanowisku w podmiocie leczniczym świadczącym usługi całodobowo; B. min. dwoma osobami /brygadzystami/: osobami posiadającymi min. roczne doświadczenie w realizacji przedmiotowej usługi na tożsamym lub podobnym stanowisku w podmiocie leczniczym świadczącym usługi całodobowo. Ww. osoby (z pkt 1 i 2) muszą komunikować się z Zamawiającym w języku polskim w stopniu zaawansowanym.

b) dokonania zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie pkt. 7.2. przez nadanie mu treści następującej:

Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje co najmniej następującymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

1. jedną osobą zarządzającą /kierownik obiektu/:

osobą posiadającą odpowiedni poziom wiedzy oraz doświadczenie w realizacji przedmiotowej usługi tj. posiadającą wykształcenie min. średnie oraz min. 2 letnie doświadczenie na tożsamym lub podobnym stanowisku w podmiocie leczniczym świadczącym usługi całodobowo;

2. min. dwoma osobami /brygadzystami/:

osobami posiadającymi min. roczne doświadczenie w realizacji przedmiotowej usługi na tożsamym lub podobnym stanowisku w podmiocie leczniczym świadczącym usługi całodobowo.

Ww. osoby (z pkt 1 i 2) muszą komunikować się z Zamawiającym w języku polskim w stopniu zaawansowanym.

4) w zakresie zarzutu nr 4):

a) dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie pkt. 2.1.2. przez dodanie do jego treści warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu następującym:

Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat zrealizował nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy minimum jedną usługę obejmującą przedmiot zamówienia, czyli usługę

*kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługą sprzątnięcia terenów zewnętrznych o wartości nie niższej niż 5 000 000,00 PLN brutto rocznie.*

- b) dokonania zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie pkt. 7.2. przez dodanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nr 2 o treści następującej:

*Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat zrealizował nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy minimum jedną usługę obejmującą przedmiot zamówienia, czyli usługę kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługą sprzątnięcia terenów zewnętrznych o wartości nie niższej niż 5 000 000,00 PLN brutto rocznie.*

- c) dokonania zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie pkt. 9.2.1) przez dodanie podmiotowego środka dowodowego nr 2 o treści następującej:

*Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.*

**IV. Wnoszę o zasądzenie** od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności kosztów uiszczonego wpisu od odwołania;

**V. 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 27 września 2024 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia. Termin składania ofert upływa w dniu 28 października 2024 roku.

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

### **Uzasadnienie zarzutu nr 1, tj. z art. 246 ust. 1 i 2 Pzp**

Zamawiający ustanowił w postępowaniu tylko jedno kryterium oceny ofert: cena (o wadze 100%).

W myśl art. 246 ust. 2 Pzp zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 Pzp (w tym Zamawiający), oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

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 p.z.p. 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 p.z.p.).

W tym kontekście warto zwrócić uwagę choćby na pkt 4.1. SWZ, który zawiera uzasadnienie odstąpienia od podziału zamówienia na części:

*Mając na uwadze zakres rzeczowy zadania, Zamawiający dokonał analizy możliwości/ zasadności podziału zamówienia na części w celu umożliwienia wykonawcom złożenia oferty. W tym przypadku nie jest możliwy podział na części, gdyż sprząatanie zarówno części szpitalnej, jak i części zewnętrznej w wielu czynnościach się pokrywa np. używanie maszyn czyszczących oddziały i korytarze w strefie szarej, pracowników obsługujących i montujących pojemniki na mydło, papier, środki dezynfekcyjne, transport odpadów, wykonywanie czynności pomocniczych na oddziałach, pracowników do wykonywania prac związanych z przeprowadzkami oddziałów, transport środków higienicznych na oddziały. Dla prawidłowego funkcjonowania Szpitala bardzo istotną kwestią jest jednolity nadzór ze strony wykonawcy nad całością wykonywanej usługi jak również nad pracownikami wykonującymi usługę. Z punktu widzenia ekonomii dla Zamawiającego ważne jest, aby nad całością usługi nadzór kierowniczy sprawował jeden zespół co nie spowoduje dodatkowych etatów, a co się z tym wiąże - podniesienia wartości usługi.*

Jak widać, zamówienie ma na tyle niestandardowy charakter, że nie podlega podziałowi, gdyż nie jest możliwe powierzenie dwóm różnym wykonawcom części wewnętrznej (utrzymania budynków) i części zewnętrznej (utrzymania terenów zewnętrznych).

Także z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) nie wynikają żadne precyzyjne standardy jakościowe. Opis ma charakter ogólny, pozostawiając istotne cechy jakościowe doświadczeniu wykonawcy oraz bieżącym wytycznym Zamawiającego; tak np. pkt 3.3. załącznika nr 1 do SWZ:

*3.3. Wykonawca obowiązany jest do przestrzegania zasad prawidłowego utrzymania czystości (właściwej higieny szpitalnej) zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w placówkach podmiotu leczniczego.*

*Usługa sprzątnia w szpitalu musi zapewnić całodobowe utrzymanie czystości na poziomie zapobiegającym szerzeniu się zakażeń szpitalnych, zgodnie z przepisami prawa i wymogami sanitarno-epidemiologicznymi oraz wewnętrznymi procedurami i instrukcjami obowiązującymi u Zamawiającego.*

Podobnie następujący punkt, który uzależnia szczegółowe warunki świadczenia usług od dokumentu, który dopiero przygotowuje zwycięski wykonawca:

*3.21.1. Udokumentowany nadzór nad jakością świadczonej usługi utrzymania czystości w szpitalu prowadzony przez Wykonawcę na podstawie Planu kontroli, w którym jest określony: zakres, częstotliwość, osoba dokonująca kontroli oraz sposób dokumentowania, zaakceptowany przez Zamawiającego.*

*Wyniki z prowadzonego nadzoru przez osoby ze strony Wykonawcy winny być przekazywane w formie papierowej/elektronicznej raz w miesiącu do Działu Epidemiologii oraz do Kierownika Działu Logistyki.*

Także z następującego postanowienia wynika prawo Zamawiającego do uszczegółowienia sposobu świadczenia usług:

*3.24. Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia w każdym czasie zastrzeżeń co do osób przewidzianych przez Wykonawcę do świadczenia usługi utrzymania czystości. W takim wypadku Wykonawca proponuje inne osoby do wykonywania usług.*

Pozostałe załączniki do SWZ zawierają jedynie wykazy czynności lub asortymentu, co do których zawarty jest jedynie prosty opis, nie zaś dodatkowe wymogi związane z jakością.

**W konsekwencji, próżno szukać w dokumentach zamówienia parametrów jakościowych; to tylko opis, jak często należy wykonać daną czynność, lecz bez dodania, w jaki sposób należy ją wykonać i jaki rezultat jakościowy ma zostać osiągnięty.**

Opis przedmiotu zamówienia nie zawiera zatem niemal żadnych wskazań jakościowych. O jakości zamówienia będzie zatem decydować nie jakość, lecz doświadczenie wykonawcy. Złożone oferty będą zaś nieporównywalne jakościowo, gdyż nie ustalono ściśle pożądanych parametrów jakościowych. Fikcją jest zatem założenie, że cena może być jedynym kryterium oceny ofert, gdyż jakościowo oferty będą identyczne. W istocie zwycięży wykonawca oferujący najniższą cenę, niezależnie od zaoferowanej jakości. Wypacza to sens komentowanego przepisu.

**Zamówienia mają ustalone wymagania 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 oferowane usługi nie różniły 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. (tak: w 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 P.z.p.). W konsekwencji, aktualność zachowują dotychczasowe orzeczenia KIO, wypracowane na gruncie art. 91 ust. 2a ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji, Odwołujący wnosi o ustanowienie w postępowaniu także innych kryteriów oceny ofert niż cena, w sposób wskazany w petitum. Zaproponowane przez Odwołującego kryterium inne niż cena odnosi się wprost do wykazania się przez wykonawców propozycją w zakresie jakości wykonania zamówienia. Jest to zgodne z duchem przepisu art. 242 ust. 1 Pzp, który wyraźnie dzieli kryteria oceny ofert na cenowe i właśnie jakościowe.

### **Uzasadnienie zarzutu nr 2, tj. z art. 438 ust. 1 i 2 Pzp**

W załączniku nr 12 do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający przewidział § 21 o następującej treści:

#### **§ 21**

- 1. Zamawiający przewiduje w ramach wymagań, o których mowa w art. 95 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, realizację przedmiotu postępowania określonego w ogłoszeniu o zamówienie lub dokumentach zamówienia, przez osoby wykonujące czynności w zakresie sprzątnięcia powierzchni szpitalnych (strefa biała, szara i zielona) na podstawie umów o pracę zawartą przez Wykonawcę lub podwykonawców w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1976 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1320, z późn. zm.).*
- 2. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu zatrudnienie, o którym mowa ust. 1 powyżej.*
- 3. Udowodnienie Zamawiającemu zatrudniania osób wykonujących wskazane czynności, będzie polegało na przedkładaniu zamawiającemu na koniec każdego kwartału zestawienia osób, które realizowały umowę wraz z określeniem wykonywanych przez nie prac oraz oświadczeniem każdej z tych osób potwierdzającym, że przy wykonywaniu umowy, osoba ta była zatrudniona na umowę o pracę przez wykonawcę/podwykonawcę. Dodatkowo wymaga się złożenia przez każdą z tych osób oświadczenia o wyrażeniu zgody na przetwarzanie danych osobowych w takim zakresie jaki jest konieczny dla realizacji zamówienia. Powyższe dotyczy także zatrudnienia przez wykonawcę cudzoziemców na podstawie umowy o pracę i potwierdzeniem o legalnym zatrudnieniu.*
- 4. W trakcie realizacji umowy Wykonawca na każde pisemne żądanie Zamawiającego w terminie 5 dni roboczych przedkładać będzie Zamawiającemu raport na temat stanu i sposobu zatrudnienia osób zaangażowanych w wykonywanie czynności wskazanych w SWZ. Zamawiający jest uprawniony do żądania oświadczenia zatrudnionych osób, a także dokumentów potwierdzających podleganie ubezpieczeniom społecznym z tytułu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.*

5. W celu weryfikacji dokumentów potwierdzających zatrudnienie Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania od osób wykonujących czynności, zgody na przetwarzanie danych osobowych w związku z realizacją umowy zgodnie z przepisami art. 23 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 922 z późn. zm.).

6. Nieuzyskanie przez Wykonawcę zgody na przetwarzanie danych osobowych w przyszłości zgodnie z przepisami art. 23 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1781 z późn. zm.) celem wykazania przez Wykonawcę wypełnienia obowiązku zatrudnienia, uznane będzie przez Zamawiającego za niewypełnienie obowiązku zatrudnienia.

Z powyższego wynika, że kwestię zatrudnienia osób realizujących zamówienie publicznego z ramienia wykonawcy lub podwykonawcy pozostawiono przede wszystkim oświadczeniu własnemu wykonawcy (zestawienie osób) oraz samych pracowników. W szczególności, z § 21 nie wynika uprawnienie Zamawiającego do żądania kopii umów o pracę w tym zakresie.

Zgodnie z art. 438 ust. 2 Pzp, *W celu weryfikacji zatrudniania, przez wykonawcę lub podwykonawcę, na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, umowa przewiduje możliwość żądania przez zamawiającego w szczególności:*

1) oświadczenia zatrudnionego pracownika,

2) oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę,

3) poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o pracę zatrudnionego pracownika,

4) innych dokumentów

- zawierających informacje, w tym dane osobowe, niezbędne do weryfikacji zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, w szczególności imię i nazwisko zatrudnionego pracownika, datę zawarcia umowy o pracę, rodzaj umowy o pracę i zakres obowiązków pracownika.

Z powyższego wynika, że umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna zawierać przede wszystkim możliwość żądania treści umów o pracę i innych dokumentów źródłowych. Umowa o pracę jest zaś najbardziej adekwatnym i wiarygodnym środkiem weryfikacji zatrudnienia pracowników przez wykonawcę. Brak jest racjonalnych przesłanek przemawiających za jego wykluczeniem w przytoczonym projektowanym postanowieniu umownym.

Stąd, komentowane projektowane postanowienie umowne uchybia przepisom Pzp. Komentowane postanowienie należy doprecyzować, w tym przede wszystkim poprzez umożliwienie Zamawiającemu żądania przedstawienia umów o pracę osób zatrudnionych do celu realizacji zamówienia. Podkreślić bowiem należy, że art. 95 ust. 1 Pzp, przewidujący obowiązek opisanie w dokumentach zamówienia czynności wymagających zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, to tzw. klauzula społeczna, mająca na celu poprawę bytu społeczności korzystającej z danego zamówienia publicznego. Uchybienia w tym zakresie mają zatem niebagatelny charakter.

Ponadto, zauważyć należy, że zachodzi nieusuwalna rozbieżność w treści dokumentów zamówienia; pkt 4.3. SWZ brzmi bowiem następująco:

4.3. Zamawiający określa następujące wymagania odnośnie zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę:

*czynności mycia, dezynfekcji, transportu wewnętrznego, transportu odpadów.*

Jest to istotna rozbieżność w porównaniu z treścią § 21 ust. 1 projektowanych postanowień umowy. W postanowieniu tym bowiem chodzi o sprząatanie szpitalne, w dodatku z uwzględnieniem bliżej niezidentyfikowanej „strefy zielonej” (chodzi o tereny zewnętrzne?). Konieczne jest zmodyfikowanie tego postanowienia, w taki sposób, aby odpowiadało ono treści SWZ, a także w taki sposób, aby postanowienie to było jednoznaczne i precyzowało, jakie czynności objęte zamówieniem wymagają zatrudnienia pracowniczego.

### **Uzasadnienie zarzutu nr 3, tj. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp**

Zamawiający określił następujący (jedyne) warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

*O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.*

*Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje co najmniej następującymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:*

*1. jedną osobą zarządzającą /kierownik obiektu/:  
osobą posiadającą odpowiedni poziom wiedzy oraz doświadczenie w realizacji przedmiotowej usługi tj. posiadającą wykształcenie min. średnie oraz min. 2 letnie doświadczenie na tożsamym lub podobnym stanowisku w podmiocie leczniczym świadczącym usługi całodobowo;*

*2. min. dwoma osobami /brygadzystami/:  
osobami posiadającymi min. roczne doświadczenie na tożsamym lub podobnym stanowisku w podmiocie leczniczym świadczącym usługi całodobowo.*

*Ww. osoby (z pkt 1 i 2) muszą komunikować się z Zamawiającym w języku polskim w stopniu zaawansowanym.*

Odwołujący zauważa, że powyższy warunek wymaga wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem kierownikiem obiektu, który posiada doświadczenie w realizacji przedmiotowej usługi. W odniesieniu do dysponowania osobami brygadzystów brak jest jednak analogicznego zastrzeżenia. Brygadziści muszą się wykazywać doświadczeniem w zatrudnieniu w podmiotach leczniczych działających całodobowo, brak jest jednak zastrzeżenia, że przy usłudze utrzymania czystości, która jest przedmiotem zamówienia.

**W konsekwencji, mogą to być brygadziści – posiadający doświadczenie w podmiocie leczniczym, ale zaangażowani w dowolnego rodzaju usługę, np. w służbie ochrony albo w wewnętrznej grupie konserwatorsko-remontowej. Mogą to być zatem osoby, które z usługą utrzymania czystości nie miały wcześniej nic wspólnego.**

Tak zastrzeżony warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i przede wszystkim nie wykazuje z nim żadnego związku. Zgodnie z art. 112 ust. 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*. Komentowany warunek udziału w zakresie, w jakim wymaga dysponowania brygadzystami o dowolnym doświadczeniu w podmiocie leczniczym, nie pozwala na dokonanie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Doszło więc w tym zakresie do naruszenia Pzp, a przedmiotowy warunek wymaga modyfikacji.

**Uzasadnienie zarzutu nr 4, tj. z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 17 Pzp:**

Zamawiający określił następujący (jedyne) warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

*O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia.*

*Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje co najmniej następującymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:*

*1. jedną osobą zarządzającą /kierownik obiektu/;  
osobą posiadającą odpowiedni poziom wiedzy oraz doświadczenie w realizacji przedmiotowej usługi tj. posiadającą wykształcenie min. średnie oraz min. 2 letnie doświadczenie na tożsamym lub podobnym stanowisku w podmiocie leczniczym świadczącym usługi całodobowo;*

*2. min. dwoma osobami /brygadzystami/;  
osobami posiadającymi min. roczne doświadczenie na tożsamym lub podobnym stanowisku w podmiocie leczniczym świadczącym usługi całodobowo.*

*Ww. osoby (z pkt 1 i 2) muszą komunikować się z Zamawiającym w języku polskim w stopniu zaawansowanym.*

Odwołujący podnosi, że niezależnie od kwestii podniesionych już w zarzucie nr 3, ww. warunek jest nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego tj. jest na zbyt niskim poziomie zdolności w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.*

Powyższa reguła nie daje Zamawiającemu prawa dowolnego kształtowania warunków udziału w postępowaniu. Oczywiście Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ustawa Pzp przyznaje mu prawo kształtowania zapisów SWZ, ale nie daje mu w tym zakresie pełnej dowolności. Cel działań, jakie musi podjąć Zamawiający został w tym przypadku jasno wyrażony przez ustawodawcę w przywołanym przepisie, w którym wskazano, iż opis sposobu oceny

spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć realnemu zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia określonego celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca wyposażył Zamawiających w narzędzia, które umożliwiają im wyeliminowanie oferenta, który nie rokuje szansy właściwego wykonania zamówienia. Pozwala to niewątpliwie na uniknięcie ryzyka narażania zamawiających na pozbawienie ich możliwości realizacji ich podstawowych zadań, dla wykonania których zostali powołani. Pozwala też uniknąć sytuacji, iż dojdzie do zmarnowania pieniędzy publicznych.

W ocenie Odwołującego wyżej opisany warunek narusza zasadę proporcjonalności, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz efektywności. Brak żadnych wymagań w zakresie doświadczenia wykonawcy w wykonaniu podobnych zamówień naraża Zamawiającego na wybór wykonawcy-dyletanta, który na bazie tego konkretnego zamówienia publicznego będzie dopiero uczył się w praktyce świadczenia tego typu kompleksowych usług. W uzasadnieniu zarzutu nr 1 w tym kontekście przywołano uzasadnienie odstąpienia od podziału zamówienia na części (pkt 4.1. SWZ). Z tego uzasadnienia wynika wyraźnie, że zamówienie nie ma charakteru typowego, lecz wymaga od wykonawcy daleko posuniętej wszechstronności. Warunek udziału w zakresie dysponowania dwoma osobami na średnich szczeblach zarządzania jest w tym zakresie zatem daleko niewystarczający.

**W takim wypadku niezbędne jest dysponowanie całym doświadczonym zespołem osób bądź szerzej ogólnym doświadczeniem (know-how) wykonawcy, nie zaś pojedynczymi osobami, których obecność w miejscu realizacji przedmiotu zamówienia nie jest w stanie w istotny sposób wpłynąć na kształt wykonania zamówienia.**

W myśl utrwalonych i obowiązujących poglądów doktryny i orzecznictwa warunek udziału w postępowaniu nie powinien być zbyt wygórowany, ale również nie powinien być "zbyt łagodny" tzn. taki, który spełnią wykonawcy, którzy nie posiadają odpowiedniego doświadczenia do wykonania danego zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu nie muszą i wręcz nie powinny być formułowane tak, aby każdy obecny na rynku wykonawca mógł wziąć w nim udział.

Zamawiający wprowadzając warunek musi to uczynić w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, mając na uwadze, iż mają one wpływ na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie.

Celem ich wprowadzenia jest bowiem przede wszystkim zapewnienie możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, a zatem muszą one być adekwatne i konieczne do osiągnięcia tego celu. Przyjmując, iż określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję", należy także, mieć na uwadze, iż nie tylko nie mogą one być zbyt wygórowane, ale też nie mogą być zbyt niskie.

W każdym bowiem takim przypadku mogłyby naruszać uczciwą konkurencję. W pierwszym przypadku przez nadmierne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, natomiast w drugim przypadku, przez nadmierne rozszerzenie kręgu wykonawców, także o takich, którzy nie dają

rękojmi należytego wykonania zamówienia, z uwagi na to, iż np. nie mają wystarczającego doświadczenia, rozumianego jako umiejętność zdobyta i ugruntowana w praktyce, aby przyjąć, iż dają rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Powyższe rozważania dot. proporcjonalności warunku znalazły swoje odzwierciedlenie w wyroku KIO z dnia 24 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1429/14 oraz wyroku KIO z dnia 6 lutego 2018 sygn. akt: KIO 127/18.

Ponadto powyższe potwierdza m. in. Gawrońska-Baran Andrzej w Komentarzu do Pzp (LEX) "W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, przy uwzględnieniu dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 15.05.2017 r., KIO 714/17, LEX nr 2311255), pojęcie proporcjonalności oznacza, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia."

Powyższe jest o tyle istotne, że w postępowaniu nie ustanowiono żadnego innego warunku udziału w postępowaniu – więc nie ma innych narzędzi ograniczenia kręgu wykonawców do wykazujących się odpowiednim poziomem fachowości.

W konsekwencji, Odwołujący proponuje w petitum dodanie kolejnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, który uzależni możliwość uzyskania zamówienia od wykazania się odpowiednim doświadczeniem.

Wnioskowi odwołania w tym zakresie towarzyszy wniosek o ustanowienie odpowiedniego podmiotowego środka dowodowego w postaci referencji, który będzie przydatny do wykazania spełnienia przedmiotowego proponowanego warunku udziału w postępowaniu.

W załączeniu:

1. pełnomocnictwo;
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.