

Łódź, dnia 16 listopada 2020 roku

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

Zamawiający: Akademia Wychowania Fizycznego im. Jerzego Kukuczki w Katowicach
ul. Mikołowska 72a, 40 – 065 Katowice
nr tel. 322075108
nr faks 322075183
www.awf.katowice.pl
e-mail: aifz@awf.katowice.pl

Odwołujący: Izan + Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków
KRS: 0000171397

reprezentowany przez pełnomocnika: Żaklina Pasternak
adres do korespondencji:
ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź
Tel. +48 426405777
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@naprzod.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Akademii Wychowania Fizycznego im. Jerzego Kukuczki w Katowicach”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 6 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 217-531852, numer referencyjny: ZP/10/2020.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego: Izan + Sp. z o.o., na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 1843 j.t.), dalej: Pzp, wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w zakresie warunków udziału w postępowaniu i postanowień projektowanego wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, sporządzonych z naruszeniem Pzp.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

- 1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp** poprzez zastrzeżenie w pkt. 5.1.3.A) SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co powoduje naruszenie warunków uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 2. art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „Kc”) oraz art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp** poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy (załącznik nr 3 SIWZ) w § 8 ust. 1 lit.

a) kary umownej rażąco wygórowanej i nieokreślającej dostatecznie zdarzenia uzasadniającego odpowiedzialność wykonawcy z tytułu tej kary umownej.

Wobec powyższego wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1:

a) zmiany ogłoszenia o zamówieniu w jego pkt. III.1.3) przez nadanie mu następującego brzmienia:

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

— w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie, **co najmniej 3 (trzech) głównych usługi utrzymania czystości w budynkach użyteczności publicznej (tj. podmiot leczniczy, uczelnie, administracja publiczna) o powierzchni użytkowej co najmniej 14 500 m², w tym co najmniej jednej o powierzchni większej lub równej powierzchni przewidzianej w niniejszym postępowaniu, świadczonej nie krócej niż 12 miesięcy tj. ogółem nie mniej niż 14 500 m² w tym pomieszczeń biurowych, szkolnych, powierzchni sportowych oraz gabinetu odnowy biologicznej,**

— dysponuje minimum jedną maszyną parową do dezynfekcji powierzchni o ciśnieniu minimum 6 bar oraz jedną z regulowanym ciśnieniem w zakresie 8–10 bar,

— dysponuje takim sprzętem, który umożliwi mechaniczne mycie powierzchni w obiektach 2-piętrowych, w których nie ma wind,

— dysponuje osobą pełniącą funkcję koordynatora, która posiada certyfikat potwierdzający ukończenie kursu w zakresie wiedzy o SARS-CoV-2 i COVID-19.

b) zmiany SIWZ w jego pkt. 5.1.3.A) przez nadanie mu następującego brzmienia:

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie, **co najmniej 3 (trzech) głównych usługi utrzymania czystości w budynkach użyteczności publicznej (tj. podmiot leczniczy, uczelnie, administracja publiczna) o powierzchni użytkowej co najmniej 14 500 m², w tym co najmniej jednej o powierzchni większej lub równej powierzchni przewidzianej w niniejszym postępowaniu, świadczonej nie krócej niż 12 miesięcy tj. ogółem nie mniej niż 14 500 m² w tym pomieszczeń biurowych, szkolnych, powierzchni sportowych oraz gabinetu odnowy biologicznej,**

2. w zakresie zarzutu nr 2 – zmiany załącznika nr 3 SIWZ w jego § 8 ust. 1 lit. a) przez wskazanie przez Zamawiającego konkretnej podstawy faktycznej do obciążenia wykonawcy karą umowną oraz przez wskazanie wysokości tej kary umownej jako 1% wynagrodzenia za dany miesiąc świadczenia Usługi, w którym uchybienie miało miejsce, ustalonego zgodnie z § 7 ust. 3.

Odwołujący oświadcza, iż ma interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp. Postępowanie w zakresie zaskarżonych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ zostało niewłaściwie przygotowane. Gdyby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przygotowane w sposób właściwy, Odwołujący jako podmiot trudniący się zawodowo świadczeniem usług będących przedmiotem zamówienia mógłby złożyć ofertę.

UZASADNIENIE

Wprowadzenie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi utrzymania czystości o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, opublikowanych 6 listopada 2020 r., naruszają Pzp.

1) Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Zamawiający w pkt. III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu i w pkt. 5.1.3.A) SIWZ przewidział następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

— w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje należycie, co najmniej 3 (trzy) główne usługi utrzymania czystości w budynkach użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 14 500 m², pomieszczeń biurowych, szkolnych (sale wykładowe, pracownie), obiekty sportowe (hale sportowe, siłownie, itp.), gabinety odnowy biologicznej (gabinety fizykoterapii, hydroterapii, itp.), w tym co najmniej jedną o powierzchni większej lub równej powierzchni przewidzianej w niniejszym postępowaniu, świadczoną nie krócej niż 12 miesięcy, tj. ogółem nie mniej niż 14 500 m², w tym pomieszczeń biurowych, szkolnych (min. 8 500 m²) powierzchnie sportowe (min. 2 800 m²) gabinety odnowy biologicznej (min. 200 m²),

Powyższy warunek nie spełnia kryteriów określonych w art. 22 ust. 1a Pzp, gdyż jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia są usługi sprzątnięcia uczelni wyższej. Z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, aby wykonanie usługi miało się wiązać z zachowaniem jakiegoś nadzwyczajnego reżimu sanitarnego niż zwykle przy tego typu obiektach. Z całą pewnością nieproporcjonalne jest wskazanie, że wykonawca powinien się legitymować wykonaniem co najmniej 3 usług utrzymania czystości w budynkach użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 14 500 m², z wyszczególnieniem, iż koniecznie wszystkie z nich muszą dotyczyć pomieszczeń biurowych, szkolnych (sale wykładowe, pracownie), obiektów sportowych (hale sportowe, siłownie itp.) i gabinetów odnowy biologicznej (gabinetów fizykoterapii, hydroterapii itp.). Wymaganie, aby każda z 3 wykonanych dotychczas usług, w dodatku w okresie ostatnich 3 lat, obejmowała wszystkie wymienione kategorie obiektów i

pomieszczeń jest nadmierne i budzi wątpliwości, czy jakkolwiek wykonawca jest w stanie wykazać się tak kazuistycznym doświadczeniem. Warto przy tym zauważyć, że wymienione obiekty i pomieszczenia nie mają ze sobą większego związku, poza tym, że wszystkie występują akurat u Zamawiającego. Żądanie wykazania się potrójnym doświadczeniem wykonania usługi sprzątania tak luźno powiązanych ze sobą rodzajowo obiektów i pomieszczeń jest nadużyciem – tym bardziej, że wykonanie usługi sprzątania dowolnego z wymienionych obiektów i pomieszczeń nie jest na tyle charakterystyczne czy specjalistyczne, nietypowe, aby uzasadniało wymagania nabycia doświadczenia w zakresie każdego z nich. Sprzątanie innych obiektów użyteczności publicznej tj. podmioty lecznicze, uczelnie i administracja publiczna, które nie posiadają powierzchni wymaganych przez Zamawiającego tj. sportowej czy też gabinetów odnowy biologicznej również wymagają reżimu sanitarnego przy użyciu specjalistycznych środków i stosowaniu wymaganych technologii sprzątania, z zachowaniem obowiązujących norm sanitarnych, przez wykwalifikowany i doświadczony personel, zatem nie ma żadnej rzeczowej potrzeby, aby umowę z Zamawiającym mógł zawrzeć wyłącznie wykonawca spełniający komentowane wymogi.

Ponadto, Zamawiający w powyższym warunku udziału wskazał na konieczność wykazania się przez wykonawcę wykonaniem co najmniej jednej usługi o ściśle wskazanych parametrach powierzchni, właściwych dla danych obiektów i pomieszczeń: [...] w tym co najmniej jedną o powierzchni większej lub równej powierzchni przewidzianej w niniejszym postępowaniu, świadczoną nie krócej niż 12 miesięcy, tj. ogółem nie mniej niż 14 500 m², w tym pomieszczeń biurowych (min. 8 500 m²) powierzchnie sportowe (min. 2 800 m²) gabinety odnowy biologicznej (min. 200 m²). Ponownie należy podkreślić, że warunek udziału powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia; proporcjonalność w tym wypadku oznacza przede wszystkim zachowanie proporcji między przedmiotem zamówienia, a wymaganiem, tak, aby wykonawca mógł wykazać, że jest w stanie wykonać to konkretne zamówienie ze względu na realizację w przeszłości zamówień podobnych, nie zaś identycznych. Potwierdza to trafny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) z 16 sierpnia 2019 r., sygn. akt: KIO 1500/19: *Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć bowiem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym należyte wykonanie zamówienia.* Zamawiający naruszył powyższą zasadę proporcjonalności, gdyż w istocie przepisał do wymogu parametry przedmiotu zamówienia, przez co proporcje między przedmiotem zamówienia a powyższym wymogiem wynoszą niemalże 1:1. Porównanie powierzchni wskazanej w powyższym wymogu i powierzchni będącej przedmiotem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia ilustruje poniższa tabela:

	Powierzchnia wymagana przez Zamawiającego [m²]	Powierzchnia obiektów Akademii Wychowania
--	--	--

		Fizycznego w Katowicach [m²]
Powierzchnia sportowa	2800	2839
Powierzchnia pomieszczeń biurowych, szkolnych	8500	8868 (zwiera również pomieszczenia tj. prysznice, szatnie, toalety - brak podania w opisie przedmiotu zamówienia samej powierzchni pomieszczeń biurowych, szkolnych)
Powierzchnia gabinetu odnowy biologicznej	200	800 (zawiera również pomieszczenia biurowe, szatnie, prysznice, toalety – brak podania w opisie przedmiotu zamówienia samej powierzchni gabinetu odnowy biologicznej)

Trudno nie dostrzec podobieństwa między powierzchnią obiektów, której doświadczeniem w sprzątaniu nakazuje się wykazać Zamawiający. W przypadku powierzchni sportowej podobieństwo to jest wręcz uderzające – wykonawca powinien był wykonywać co najmniej sprzątanie powierzchni sportowej o powierzchni 2800 m², a powierzchnia sportowa będąca przedmiotem niniejszego postępowania wynosi 2839 m². Przypadek jest wykluczony. Podobieństwo także pozostałych elementów przedmiotu zamówienia z wymogami warunku udziału w postępowaniu nakazuje stwierdzić, że z dużym prawdopodobieństwem jedynym zamawiającym, u którego wykonawca mógł zdobyć pożądane doświadczenie, jest Zamawiający z niniejszego postępowania. To zaś prowadzi do jasnej konkluzji, że w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych wykonawców jest aktualny (dotychczasowy) wykonawca tej usługi na rzecz Zamawiającego; tylko on będzie bowiem w stanie wykazać się pożądanym przez Zamawiającego doświadczeniem, ewentualnie inny wykonawca, który tę usługę u tego konkretnego Zamawiającego wykonywał w przeszłości.

Zaistniała na skutek powyższego sytuacja jest absolutnie nie do zaakceptowania. Warunki udziału w postępowaniu powinny być skonstruowane w taki sposób, aby zapewnić wykonawcom podobnym do siebie (pod względem sytuacji prawnej, ekonomicznej, personalnej, branżowej itp.) równe szanse na uzyskanie zamówienia publicznego. Faworyzowanie dotychczasowego wykonawcy stoi w skrajnej sprzeczności z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, które nakazują Zamawiającemu zagwarantowanie wykonawcom warunków do uczciwej konkurencji. Należy przy tym powołać się na trafny wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19: *Zgodnie z art. 22 ust. 1a p.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Za minimalne poziomy zdolności należy uznać takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogłoby należycie wykonać także inni wykonawcy). Zamawiający co prawda może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania*

się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać.

Podkreślić należy, że uczciwa konkurencja służy nie tylko wykonawcom, ale także w ogromnej mierze służy ochronie Zamawiającego przed praktykami monopolistycznymi. Monopol na określoną działalność nieodłącznie wiąże się z brakiem relacji cen do popytu i podaży oraz ze stopniową utratą zainteresowania monopolisty w rzetelnym realizowaniu usług, skoro nie ma on konkurencji. Stąd też, za prawodawcą europejskim, ustawodawca przyjął liczne akty prawne niwelujące takie praktyki, w tym przede wszystkim ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż uczciwa konkurencja gwarantuje silną pozycję odbiorcy końcowego, którym jest także Zamawiający. Ustanawianie tak wyśrubowanych warunków udziału w postępowaniu, że spełnić je może tylko jeden wykonawca, jest zatem ze szkodą dla Zamawiającego, a art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w powyższym duchu, mają Zamawiającego przed tym uchronić.

2) Zarzut naruszenia art. 353¹ Kc oraz art. 483 § 1 Kc w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp

Zamawiający zastrzegł następującą karę umowną:

§ 8.

Kary umowne

1. *Zamawiający jest uprawniony do obciążenia Wykonawcy następującymi karami umownymi:*
 - a) *karą umowną w wysokości 1% kwoty wskazanej w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu Usługi,*

Wyżej wskazana kara umowna jest rażąco wygórowana. „Rażąco wygórowanie” kary umownej jest pojęciem niedookreślonym. Miarkując karę umowną na podstawie tej przesłanki bierze się pod uwagę różne kryteria, w szczególności stosunek wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 maja 2015 roku pod sygn. akt VI ACa 1937/13). Należy natomiast podkreślić, że zakres wykonania umowy w przedmiotowym postępowaniu jest niezwykle szeroki. Wykonawca ma utrzymać codzienną czystość licznych placówek objętych przedmiotem zamówienia. Jakkolwiek niedopuszczalne byłoby zakładanie przez wykonawcę, że może on sobie pozwolić na nierzetelne wykonanie usługi w miesiącu, to jednak kara w wysokości 1% całkowitej wysokości wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest zdecydowanie rażąco wygórowana. Zamówienie udzielone zostanie na 48 miesięcy, tj. około 1440 dni. Wystarczy, że wykonawca nieprawidłowo wykona usługę w 100 dni (tj. w 7% okresu objętego zamówieniem), a nie otrzyma żadnego wynagrodzenia za wykonanie zamówienia. Co więcej, jeśli wykonawca wykona usługę nieprawidłowo w więcej niż 100 dni, będzie musiał zapłacić Zamawiającemu za wykonanie przedmiotu zamówienia. To wszystko nawet wówczas, gdy 93% usługi zostało wykonane poprawnie. To prowadziłoby do wykonania usługi poniżej poziomu zysku, czyli de facto – do akceptowania sytuacji, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp (rażąco niska cena). Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wprowadzono ze względu na negatywne konsekwencje wykonania zamówienia publicznego „po kosztach”, takie jak odstąpienie od umowy czy porzucenie wykonania usługi bądź wykonanie jej w sposób skrajnie nieprawidłowy z uwagi na brak środków po stronie wykonawcy. Rażąco wygórowana jest zatem także kara umowna, która doprowadza do pozbawienia wykonawcy zysku, zwłaszcza wobec wykonania usługi w znacznej części, o czym mowa w art. 484 § 2 cz. 1 Kc. Praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w

postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty poprzez nałożenie i potrącenie kary umownej nie może być aprobowana (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt: IV CSK 416/13). Po drugie kara umowna powinna być stosowana jako substytut odszkodowania. Trudno natomiast sobie wyobrazić, aby drobne niedociągnięcie utrzymania czystości powodowało zwykle szkodę w wysokości 1% wynagrodzenia za 48 miesięcy świadczenia usługi.

W dodatku, wyżej wymieniona kara umowna jest nieokreślona co do podstawy faktycznej odpowiedzialności. Opis przedmiotu zamówienia (zwłaszcza załącznik nr 2 SIWZ) nie precyzuje wykonania poszczególnych elementów usługi z dokładnością co do jednego dnia – część elementów ma zostać wykonana codziennie (np. odkurzanie powierzchni biurowej – pkt 1 załącznika nr 2 SIWZ), inna rzadziej (np. mycie okien – dwa razy w roku, kwiecień, wrzesień – pkt 6 załącznika nr 2 SIWZ). Przy takim określeniu trudno określić, co miałyby oznaczać dzień opóźnienia. Zróżnicowana częstotliwość wykonania poszczególnych czynności, przy tak generalnych określeniach, jakimi posługuje się § 8 ust. 1 lit. a), uniemożliwia jednoznaczne zrozumienie podstaw tej kary umownej.

Załączniki:

- 1) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego,
- 2) pełnomocnictwo,
- 3) potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
- 4) potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.