

Łódź, dnia 6 kwietnia 2021 roku

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

Zamawiający: Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie
al. Warszawska 30, 10-082 Olsztyn
tel.: 89 541 30 93
faks: 89 541 30 93
<http://www.szpital.uwm.edu.pl>
e-mail: przetargi@szpital.uwm.edu.pl

Odwołujący: CATERMED spółka akcyjna
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź
KRS: 0000410887
reprezentowani przez:
Magdalena Kolińska - Pełnomocnik
Tel. +48 426405777,
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@rekeep.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Kompleksowa usługa pełnego, codziennego przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów szpitala oraz posiłków regeneracyjnych dla personelu szpitala”, prowadzonego przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie pod numerem 7/2021; ogłoszenie zamieszczone w dniu 1 kwietnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00026810

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED S.A., 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 (tj. Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm. - dalej jako „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec:

1. opisu przedmiotowych środków dowodowych w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ,
2. opisu kryteriów oceny ofert w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 106 ust. 3 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp przez zawarcie w SWZ żądania od wykonawców złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci certyfikatu, świadectwa, decyzji, opinii lub innego dokumentu, np. oświadczenia wykonawcy potwierdzającego, że świadczenie usług będzie wykonywane na zasadach systemu HACCP lub równoważnego zapewniającego bezpieczeństwo żywności i żywienia w kuchni wykonawcy [...] z jednoczesnym wskazaniem, że rozwiązaniem równoważnym może być np. ISO 22000, przy czym Zamawiający uznał za równoważne przedstawieniu certyfikatu ISO 22000 przedstawienie oświadczenia własnego wykonawcy, co narusza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzi do akceptowania przez Zamawiającego rozwiązań nierównoważnych,
2. art. 240 ust. 2 w zw. z art. 106 ust. 1 i 3 oraz art. 16 pkt 1 w zw. z art. 266 i art. 359

pkt 2 Pzp przez opisanie kryteriów oceny ofert „Urozmaicenie posiłku dodatkowym owocem lub dodatkowe owoce w jogurcie albo dodatkowo koktajl owocowy do obiadu (Wpo)” oraz „Dwa rodzaje dodatku do pieczywa na kolację – (Wpd)” w sposób niezapewniający weryfikacji i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach i zaniechanie zażądania przedmiotowego środka dowodowego celem umożliwienia powyższego, podczas gdy aktualna treść ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w powyższym zakresie nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Wobec powyższego żądam nakazania Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1:
 - a) zmiany pkt 5.8 ogłoszenia o zamówieniu przez wykreślenie słów „np. oświadczenie Wykonawcy”,
 - b) zmiany pkt 5.10 ogłoszenia o zamówieniu przez wykreślenie słów „np. oświadczenie Wykonawcy”,
 - c) zmiany pkt IV.1 SWZ przez wykreślenie słów „np. oświadczenie Wykonawcy”,
2. w zakresie zarzutu nr 2:
 - a) zmiany pkt 5.8 ogłoszenia o zamówieniu przez dodanie następujących słów:
 3. *Na potwierdzenie kryteriów oceny ofert „Urozmaicenie posiłku dodatkowym owocem lub dodatkowe owoce w jogurcie albo dodatkowo koktajl owocowy do obiadu - (Wpo)” oraz „Dwa rodzaje dodatku do pieczywa na kolację - (Wpd)”: Do oferty należy dołączyć jadłospis 10 dniowy dla diety podstawowej z podaniem gramatury posiłków oraz kaloryczności z całego dnia.*
 - b) zmiany pkt 5.10 ogłoszenia o zamówieniu przez dodanie następujących słów:
 2. *Na potwierdzenie kryteriów oceny ofert „Urozmaicenie posiłku dodatkowym owocem lub dodatkowe owoce w jogurcie albo dodatkowo koktajl owocowy do obiadu - (Wpo)” oraz „Dwa rodzaje dodatku do pieczywa na kolację - (Wpd)”: Do oferty należy dołączyć jadłospis 10 dniowy dla diety podstawowej z podaniem gramatury posiłków oraz kaloryczności z całego dnia.*
 - c) zmiany rozdziału IV SWZ przez dodanie pkt 4 w następującym brzmieniu:
 4. *Na potwierdzenie kryteriów oceny ofert „Urozmaicenie posiłku dodatkowym owocem lub dodatkowe owoce w jogurcie albo dodatkowo koktajl owocowy do obiadu - (Wpo)” oraz „Dwa rodzaje dodatku do pieczywa na kolację - (Wpd)”: Do oferty należy dołączyć jadłospis 10 dniowy dla diety podstawowej z podaniem gramatury posiłków oraz kaloryczności z całego dnia.*

Oświadczam, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ prowadzi działalność gospodarczą w obszarze dotyczącym przedmiotowego zamówienia i jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, zaś obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej, rzetelnej i porównywalnej oferty w postępowaniu.

UZASADNIENIE

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w BZP w dniu 1 kwietnia 2021 r.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ nie odpowiadają przepisom Pzp, z przyczyn szczegółowo niżej wskazanych.

Ad 1) zarzut naruszenia art. 106 ust. 3 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp

W pkt 5.8, 5.10 ogłoszenia o zamówieniu i w pkt IV.1 SWZ Zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

1. Certyfikat, świadectwo, decyzję, opinię lub inny dokument, np. oświadczenie Wykonawcy potwierdzające, że świadczenie usług będzie wykonywane na zasadach systemu HACCP lub równoważnego zapewniającego bezpieczeństwo żywności i żywienia w kuchni Wykonawcy, w której faktycznie będą wykonywane usługi na rzecz Zamawiającego. Zamawiający wskazuje, że rozwiązaniem równoważnym może być np. ISO 22000.

Zgodnie zaś z art. 106 ust. 3 Pzp, Żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Należy podkreślić, że z powyższego przepisu wynikają dwie reguły, konieczne do zachowania w postępowaniu przez zamawiającego:

- 1) żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane usługi spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Zamawiający naruszył komentowany przepis, gdyż zrównał moc dowodową oświadczenia własnego wykonawcy z dokumentami potwierdzającymi, że oferowane usługi spełniają wymagania ustanowione w postępowaniu.

Należy wskazać bowiem, że w § 3 ust. 4 i 5 projektowanych postanowień umownych Zamawiający określił wymogi dotyczące realizacji zamówienia, które uzasadniają wprowadzenie stosownego przedmiotowego środka dowodowego:

4. Realizacja przedmiotu umowy odbywać się będzie z zachowaniem należytej staranności w produkcji zgodnie na zasadach HACCP lub równoważnego, tj. np. ISO 22000.

5. Wykonawca zobowiązuje się do przygotowywania posiłków objętych przedmiotem zamówienia przy przestrzeganiu wymagań sanitarno – higienicznych wynikających z obowiązujących przepisów w tym ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tekst jednolity Dz.U. 2020 poz. 2021) oraz wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych, przy zapewnieniu jakości posiłków zgodnej z zaleceniami dotyczącymi norm oraz składników pokarmowych i produktów spożywczych dla pacjentów podmiotów leczniczych wydanymi przez Instytut Żywności i Żywienia w Warszawie, szczególnie w zakresie wartości odżywczych, urozmaicenia, objętości i wagi potraw.

Odwołujący wskazuje, że równoważność przedmiotowych środków dowodowych to nic innego, jak ich ekwiwalentność. Jak trafnie wskazano w orzecznictwie, w przypadku, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia przy użyciu znaków towarowych, dopuszcza zastosowanie przez wykonawców rozwiązań równoważnych; Wykonawca, który oferuje rozwiązania równoważne, musi wykazać się przy składaniu oferty szczególną starannością, żeby udowodnić zamawiającemu spełnienie określonych przez niego wymagań (patrz: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09

stycznia 2018 r., sygn. KIO 2699/17). Zamawiający wskazał zaś, że oświadczenie wykonawcy w powyższym przypadku jest dokumentem wymaganym co do zasady, zaś dokumentem równoważnym – np. ISO 22000. ISO 22000 jest zaś certyfikatem, który uzyskuje się przez złożenie wniosku do jednostki certyfikującej, posiadającej akredytację Polskiego Centrum Akredytacji, zawarcie z nią umowy i poddanie się przeprowadzanym przez nią audytom, które mają na celu stwierdzenie spełniania norm i potwierdzenie tego faktu wystawieniem stosownego certyfikatu. Oświadczenie wykonawcy to zaś zwyczajne jednostronne oświadczenie wiedzy, które nie wymaga powyższej procedury. Oświadczenie to jest zupełnie nieweryfikowalne na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a Zamawiający, który zawiera umowę z wykonawcą legitymującym się jedynie takim oświadczeniem, ryzykuje, że wykonawca ten okaże się wykonawcą nierzetelnym i konieczne będzie nakładanie na niego licznych kar umownych, a może nawet wypowiedzenie umowy z powodu nienależytego jej wykonania. Nienależyte wykonanie umowy może zaś być wyjątkowo ryzykowne zważywszy, że dotyczy hospitalizowanych pacjentów Zamawiającego, zaś faktem notoryjnym jest, że w szpitalach przebywają osoby dotknięte różnymi jednostkami chorobowymi (to z ich powodu znaleźli się w szpitalu), przez co cechują się obniżoną odpornością, a żywienie szpitalne powinno z założenia prowadzić do ich rehabilitacji zdrowotnej, a nie do dalszego pogorszenia stanu zdrowia. Certyfikat ISO 22000 zawiera potwierdzenie, że wykonawca został przed złożeniem oferty zbadany przez kompetentny do tego podmiot pod względem jakości świadczonych przez niego usług, więc spełnia kryteria art. 106 ust. 3 zd. 2 Pzp, zaś oświadczenie wykonawcy nie potwierdza, że oferowane usługi wykonawcy są zgodne z przedmiotem zamówienia, lecz jest tylko pustą deklaracją.

Ponadto, żądanie samego oświadczenia wykonawcy powoduje, że Zamawiający zrównuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego szanse wykonawców, którzy legitymują się stosownym certyfikatem, jak i wykonawców, którzy nie posiadają żadnego środka dowodowego na potwierdzenie, że są w stanie wykonać zamówienie w zachowaniu zasad HACCP i bezpieczeństwa żywienia. To prowadzi do zaburzenia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Zamawiający nie zapewnił bowiem żadnego zabezpieczenia przed popełnieniem przez wykonawcę przez złożenie oferty czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez złożenie fałszywego oświadczenia co do jakości świadczonych usług (art. 10 ust. 1 brzmi: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich*). Skoro Zamawiający pozbawił siebie i innych wykonawców możliwości weryfikacji, czy nie doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu, to jasne jest też, że nie zapewnił ochrony uczciwej konkurencji w postępowaniu, czego wymaga art. 106 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie jest w stanie podjąć uczciwej rywalizacji z innymi podmiotami, jeśli istnieje szansa złożenia przez nich nieweryfikowalnych ofert, o treści dumpingowej, fałszywej, nacelowanej wyłącznie na zdobycie zamówienia, niezależnie od szans na jego należyte wykonanie. Rolą Zamawiającego jest zapewnienie wykonawcom równych szans i uczciwej rywalizacji w postępowaniu, stąd komentowane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ nie mogą się ostać.

Ad 2) zarzut naruszenia art. 240 ust. 2 w zw. z art. 106 ust. 1 i 3 oraz art. 16 pkt 1 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp

Zamawiający ustanowił w ramach kryteriów oceny ofert m. in. kryteria oceny ofert w postaci urozmaicenia posiłku oraz dwóch rodzajów dodatku do pieczywa na kolację (odpowiednio Wpo i Wpd). Z SWZ wynika, że stopień spełnienia tych kryteriów w ofercie nie jest oceniany w

sposób typowy dla kryteriów oceny ofert, lecz raczej typowy dla warunków udziału w postępowaniu, gdyż przewiduje ocenę „zerojedynkową”: w ramach każdego z tych kryteriów oferta może otrzymać 14 pkt albo 0 pkt. Jednocześnie, przyznanie punktów zależy od treści deklaracji w ofercie odnośnie przedmiotowych kryteriów: „TAK” (14 pkt) lub „NIE” (0 pkt).

Zgodnie z art. 240 ust. 2 Pzp, *Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.*

Odwołujący podnosi, że tak opisane kryteria oceny ofert w istocie są fikcyjne, nie służą porównaniu ofert, lecz złożenia przez wykonawców prostego, nijak nieweryfikowalnego oświadczenia co do podania odpowiednich dodatków do posiłków przez zwycięskiego wykonawcę. Taki opis prowokuje wręcz do złożenia przez wykonawców bezrefleksyjnej deklaracji „TAK”, co uniemożliwia porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Jest to niedopuszczalne, co potwierdza pogląd wyrażony zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie: *Szczególne znaczenie ma ostatni z wymogów – wymóg weryfikowalności. Za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców należy uznać kryterium odnoszące się do treści oferty, której zamawiający w żaden sposób nie jest w stanie zweryfikować, a musi opierać się wyłącznie na treści oświadczenia wykonawcy* (Gawrońska-Baran Andrzeła i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, WKP, 2021, [w]: komentarz do art. 240, uwaga nr 4 – autor odnosi się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE 4.12.2003 r., C-448/01, EVN AG i Wienstrom GmbH v. Republik Österreich, EU:C:2003:651).

Powyższe stanowi jednocześnie naruszenie art. 106 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie ustanowienia odpowiedniego środka dowodowego celem umożliwienia realizacji przepisu art. 240 ust. 2 Pzp. Znajdują tutaj analogiczne zastosowanie argumenty podniesione w uzasadnieniu zarzutu nr 1. Dodatkowo należy podkreślić, że komentowane kryteria oceny ofert stanowią jedynie pozorne wypełnienie przepisu art. 246 ust. 1 Pzp, nakazującego przyznanie kryterium ceny maksymalnej wagi 60%. Komentowane kryteria są bowiem, jak wyżej wykazano, puste co do treści i co możliwości weryfikacji przed zawarciem umowy. Są one zatem pomijalne, gdyż jest niemal pewne, że każdy wykonawca zaznaczy w ofercie deklarację „TAK” i tym samym otrzyma maksymalną ilość punktów możliwych do przyznania. W konsekwencji, w istocie ranga kryterium ceny jest wyższa niż dopuszczalna, gdyż dwa komentowane kryteria, o łącznej wadze 28%, są zupełnie nieistotne. Jeśli Zamawiający pragnie te kryteria podtrzymać, powinien nadać im treść, umożliwiającą wykonawcom rywalizację w ramach tych kryteriów.

Załączniki:

- 1) informacje odpowiadające odpisom aktualnym z rejestru przedsiębiorców CATERMED S.A.;
- 2) pełnomocnictwo;
- 3) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 4) potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
- 5) potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.