

Łódź, dnia 14 sierpnia 2023 roku

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

Zamawiający: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Grodzisku Wielkopolskim**
ul. Mossego 17, 62-065 Grodzisk Wielkopolski
KRS: 0000009436, NIP: 9950036856
tel. 61 44 36 501, fax. 61 44 45 720
e-mail: a.linkiewicz-mendel@spzoz-grodzisk.pl
<http://spzoz-grodzisk.pl/>

Odwołujący: **CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91 204 Łódź
KRS: 0000914373, NIP: 6772164383
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowana przez pracownika – Magdalenę Kolińską
adres do doręczeń taki jak Odwołującego

Dotyczy: postępowania na usług społeczne prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji poniżej progów unijnych pn: tj. *"USŁUGA CAŁODOBOWEGO PRZYGOTOWYWANIA I DOSTARCZANIA POSIŁKÓW DLA PACJENTÓW SZPITALA"* ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 sierpnia 2023 roku pod numerem: 2023/BZP 00347714/01 numer postępowania: SPZOZ.DLA.2300.12.2023.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED sp. z o.o. na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp”):

1. **wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.
 - a. niewłaściwego określenia w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) warunku udziału polegającego na tym, że Wykonawca winien posiadać aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej wydane przez właściwy Powiatowy Inspektorat Sanitarny potwierdzający, że Wykonawca objęty jest nadzorem sanitarnym i spełnia wymagania higieniczne i zdrowotne konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa

procesu przygotowania posiłków oraz realizuje program i procedury z zakresu bezpieczeństwa żywności zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. 2019 poz. 1252 z późniejszymi zmianami) w rodzaju prowadzonej działalności zezwalającą na produkcję posiłków w oparciu o surowce i półprodukty oraz produkcję w systemie cateringowym wraz z dostarczaniem do odbiorców zewnętrznych jako warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

- b. określenie pozacenowych kryteriów oceny ofert
- c. brak określenia w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy;
- d. określenie rażąco wygórowanej możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego
- e. rażące ograniczenie w projekcie umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia

II. zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 112 ust 2 pkt 2) Pzp w zw. z art. 114 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp w zw z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z § 7 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy I Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy** poprzez określenie warunku udziału polegającego na tym, że Wykonawca legitymuje się posiadaniem aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej wydane przez właściwy Powiatowy Inspektorat Sanitarny potwierdzający, że Wykonawca objęty jest nadzorem sanitarnym i spełnia wymagania higieniczne i zdrowotne konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa procesu przygotowania posiłków oraz realizuje program i procedury z zakresu bezpieczeństwa żywności zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. 2019 poz. 1252 z późniejszymi zmianami) w rodzaju prowadzonej działalności zezwalającą na produkcję posiłków w oparciu o surowce i półprodukty oraz produkcję w systemie cateringowym wraz z dostarczaniem do odbiorców zewnętrznych jako warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów podczas gdy:
 - a. warunek ten w rzeczywistości nie dotyczy uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wynikających z odrębnych przepisów (działalności regulowanej) a żądany środek podmiotowy nie jest zgodny z Pzp oraz treścią Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.
 - b. tak zastrzeżony warunek udziału w postępowaniu nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także ogranicza krąg wykonawców mogących starać się o udzielenie zamówienia.
2. **art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 Pzp w zw. z z art. 242 ust. 1 Pzp. w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp** poprzez określenie

w ust. 20 "OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW, I SPOSOBU OCENY OFERT" SWZ kryterium Czas zamówień na Cito - 50 % – na podstawie deklaracji Wykonawcy w Formularzu podczas gdy:

- a. Zamawiający określił sposób weryfikacji kryterium Czas zamówień na Cito - 50 % - jako stanowiące obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne.
3. **art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp** poprzez brak określenia w Istotnych postanowieniach umowy - wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy;
4. **art. 433 pkt 4 Pzp. w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 353¹ K.c. w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp** przez określenie w SWZ minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 10.000 posiłków i 100 podwieczorków co stanowi tylko około 37 % przewidywanego zakresu zamówienia co jest wartością rażąco zaniżoną, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia.
5. **art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ K.c. w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp** poprzez ograniczenie w projekcie umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia do wysokości 50% różnicy pomiędzy wskaźnikiem z miesiąca waloryzacji a wskaźnikiem z miesiąca odniesienia w przypadku gdy z opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statycznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w danym miesiącu, wynikać będzie, iż wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w porównaniu z miesiącem, w którym zawarto Umowę, wzrośnie lub spadnie o więcej niż 10% co jest wartością rażąco zaniżoną, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy.

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. **w zakresie zarzutu nr 1:** określenie warunku: posiadania przez Wykonawcę aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej wydane przez właściwy Powiatowy Inspektorat Sanitarny potwierdzający, że Wykonawca objęty jest nadzorem sanitarnym i spełnia wymagania higieniczne i zdrowotne konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa procesu przygotowania posiłków oraz realizuje program i procedury z zakresu bezpieczeństwa żywności zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. 2019 poz. 1252 z późniejszymi zmianami) w rodzaju prowadzonej działalności zezwalającą na produkcję posiłków w oparciu o surowce i półprodukty oraz produkcję w systemie cateringowym wraz z

dostarczaniem do odbiorców zewnętrznych jako warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej.

2. w zakresie zarzutu nr 2:

- a. opisanie w dokumentach zamówienia kryterium Czas zamówień na CITO – 50 % i sposobu jego oceny w sposób jednoznaczny i zrozumiały i niepozostawiający zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty
- b. proponujemy zamiast kryterium Czas zamówień na CITO – 50 % wprowadzenie do dokumentów zamówienia następującego Kryterium: Potwierdzenie jakości całodziennego zestawu żywieniowego - 50% (zawartość tłuszczu, węglowodanów, białka, błonnika oraz wartość energetyczna)

sposób oceny Kryterium:

"Ocena jakości na podstawie zaświadczenia wydanego od roku 2022 wzwyż przez akredytowane laboratorium żywnościowe, potwierdzającego jakość całodziennego zestawu żywieniowego w ramach danej diety szpitalnej (1 dieta= 1 zaświadczenie).

Punkty zostaną przyznane według posiadanej liczby zaświadczeń wg. zasady:

10 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 50 pkt

6-9 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 30 pkt

3-5 zaświadczenia dotyczące różnych diet - 10 pkt

mniej niż 3 zaświadczenia - 0 pkt

Zaświadczenia należy złożyć wraz ofertą. Brak dokumentów 0 punktów."

3. w zakresie zarzutu nr 3:

- a. **wprowadzenie do § 7 załącznika nr 4 do SWZ - istotne postanowienia Umowy - wzór Umowy ust. 6** o następującej treści: *"6. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić od Wykonawcy Zamawiający nie może przekroczyć 10 % wartości brutto umowy określonej w w § 5 ust 5 pkt b)"*

4. w zakresie zarzutu nr 4:

- a. **zmianę w ust. 3.4 Rozdziału I - Informacje Ogólne SWZ** poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *"Wykonawca obowiązany jest wykonywać przedmiot zamówienia nieprzerwanie, przez cały czas trwania umowy, co oznacza konieczność zapewnienia całodziennego wyżywienia przez 7 dni w tygodniu bez względu na to czy są to dni ustawowo wolne od pracy i święta, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie normami i przepisami dot. placówek służby zdrowia. Przewidywany zakres zamówienia posiłków wynosi ok. 27.000 posiłków (osobodni) oraz 1.750 podwieczorków dla diabetyków rocznie. Podana przez Zamawiającego liczba posiłków ma charakter szacunkowy i w trakcie realizacji przedmiotowej umowy*

może ulec zmianie (zmniejszeniu lub zwiększeniu) w zależności od bieżących rzeczywistych potrzeb Zamawiającego związanych z ilością hospitalizowanych pacjentów. Zamawiający przewiduje minimalną ilość posiłków 21.600 posiłków (osobodni) i 1400 podwieczorków."

- b. **Zmianę ust. 3 § 2 załącznika nr 4 do SWZ - istotne postanowienia Umowy - wzór Umowy** poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *"3. Zamawiający przewiduje szacunkową roczną ilość posiłków składających się na całodobowe wyżywienie pacjentów w liczbie ok. 27.000 osobodni oraz dodatkowo ok. 1.750 podwieczorków dla diabetyków. Rzeczywiste ilości zamówionych przez Zamawiającego posiłków wynikać będą z bieżących potrzeb Zamawiającego uzależnionych do zmieniającej się liczby pacjentów na poszczególnych oddziałach szpitalnych jednakże rzeczywista ilość zamówionych przez Zamawiającego posiłków nie może być niższa niż 21.600 posiłków (osobodni) i 1400 podwieczorków."*
5. **w zakresie zarzutu nr 5:** zmiany ust. 3 § 12 załącznika nr 4 do SWZ - istotne postanowienia Umowy - wzór Umowy poprzez wykreślenie nadanie mu następującego brzmienia: *"Na podstawie art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych ustala się, że po upływie 6 miesięcy obowiązywania Umowy, w przypadku gdy z opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statycznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w danym miesiącu, wynikać będzie, iż wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w porównaniu z miesiącem, w którym zawarto Umowę, wzrośnie lub spadnie o więcej niż 10%, każdej ze Stron przysługiwać będzie prawo do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja), jako różnicy pomiędzy wskaźnikiem z miesiąca waloryzacji a wskaźnikiem z miesiąca odniesienia. Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy następuje przy tym ze skutkiem od pierwszego dnia kolejnego miesiąca kalendarzowego, co oznacza, iż wynagrodzenie za dostawy zakończone (wykonane i odebrane) przed skutkiem waloryzacji nie ulega zmianie. Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy jest także wyłączone w stosunku do dostaw, które zgodnie z postanowieniami Umowy powinny być zakończone, a zakończone w terminie nie zostały z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie postanowień niniejszego ustępu następować może nie częściej niż 1 raz na 6 miesięcy kalendarzowych. Zamawiający dopuszcza przy tym maksymalną zmianę wynagrodzenia Wykonawcy, następującą w efekcie zastosowania postanowień niniejszego ustępu w całym okresie obowiązywania Umowy, w wysokości 50 %."*

IV. oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

W dniu 9 sierpnia 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne w trybie podstawowym z możliwością negocjacji o wartości poniżej progów

unijnych pn. „USŁUGA CAŁODOBOWEGO PRZYGOTOWYWANIA I DOSTARCZANIA POSILKÓW DLA PACJENTÓW SZPITALA”.

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W ocenie Odwołującego Zamawiający konstruując treść dokumentów zamówienia dokonał naruszenia przepisów Prawa Zamówień Publicznych

Uzasadnienie zarzutu nr 1

W myśl art. 112 Pzp:

"1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;*
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej."*

Zgodnie z art. 114 Pzp: *"W odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:*

- 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub*
- 2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub*
- 3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania."*

Natomiast w myśl § 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy I Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415): *"§ 7. 1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej.*

2. W przypadku zamówień na usługi, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać:

1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;

2) dokumentu potwierdzającego status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania."

Zgodnie natomiast z art. 16 ust. 1 Pzp: "Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;"

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji V - kwalifikacja wykonawców i rozdziale VIII SWZ - INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU Zamawiający określił następujący warunek dot. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej: "aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej wydane przez właściwy Powiatowy Inspektorat Sanitarny potwierdzający, że Wykonawca objęty jest nadzorem sanitarnym i spełnia wymagania higieniczne i zdrowotne konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa procesu przygotowania posiłków oraz realizuje program i procedury z zakresu bezpieczeństwa żywności zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. 2019 poz. 1252 z późniejszymi zmianami) w rodzaju prowadzonej działalności zezwalającą na produkcję posiłków w oparciu o surowce i półprodukty oraz produkcję w systemie cateringowym wraz z dostarczaniem do odbiorców zewnętrznych"

Tak określony warunek narusza przepisy Prawa Zamówień Publicznych.

Po pierwsze w.w. zastrzeżony przez Zamawiającego warunek udziału dot. legitymowania się przez Wykonawcę zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej wydane przez właściwy Powiatowy Inspektorat Sanitarny potwierdzający, że Wykonawca objęty jest nadzorem sanitarnym i spełnia wymagania higieniczne i zdrowotne konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa procesu przygotowania posiłków oraz realizuje program i procedury z zakresu bezpieczeństwa żywności zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. 2019 poz. 1252 z późniejszymi zmianami) w rodzaju prowadzonej działalności zezwalającą na produkcję posiłków w oparciu o surowce i półprodukty oraz produkcję w systemie cateringowym wraz z dostarczaniem do odbiorców zewnętrznych, nie dotyczy uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (działalności regulowanej) wynikających z odrębnych przepisów a żądany środek podmiotowy nie jest zgodny z treścią Pzp oraz rozporządzenia Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy I Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Uzyskanie przez potencjalnego Wykonawcę aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej wydane przez właściwy Powiatowy Inspektorat Sanitarny potwierdzający, że Wykonawca objęty jest nadzorem sanitarnym i spełnia wymagania higieniczne i

zdrowotne konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa procesu przygotowania posiłków oraz realizuje program i procedury z zakresu bezpieczeństwa żywności zezwalającą na produkcję posiłków w oparciu o surowce i półprodukty oraz produkcję w systemie cateringowym wraz z dostarczaniem do odbiorców zewnętrznych nie jest dokumentem dotyczącym rejestru działalności regulowanej tak jak to określono w treści w.w. rozporządzenia dot. podmiotowych środków dowodowych.

Działalność gastronomiczna (żywienia zbiorowego) nie jest działalnością regulowaną w rozumieniu art. 43 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2023 r. poz. 221) i nie jest wpisywana do specjalnego rejestru.

Decyzja Państwowego Inspektora Sanitarnego dotyczy tak naprawdę zdolności technicznych potencjalnego Wykonawcy.

Mając na względzie powyższe warunek ten winien dotyczyć zdolności technicznych lub zawodowych Wykonawcy.

Ponadto w ocenie odwołującego tak zastrzeżony warunek udziału w postępowaniu nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także znacząco ogranicza krąg wykonawców mogących starać się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. - sygn. akt KIO/UZP 1502/08 - Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu.

Zastrzeżenie tego warunku jako warunku udziału w postępowaniu jak warunku dot. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej znacząco ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Tak zastrzeżony warunek prowadzi m.in. do promowania Wykonawców lokalnych a także niemożliwości skorzystania przez potencjalnego Wykonawcę z możliwości udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie przewidzianych w art. 118-123 Pzp.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W Rozdziale I - Informacje ogólne ust. 20 SWZ - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT Zamawiający zastrzegł, że jednym z kryteriów oceny ofert będzie - Czas zamówień na CITO – 50 %.

Opisane powyżej kryterium nie jest kryterium jakościowym, bowiem nie odnosi się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników.

Opisany wyżej sposób oceny ofert w zakresie kryterium nie przewiduje żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie w tym przedmiocie. Jak zaznaczono w przedmiotowym fragmencie SWZ, Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone w Formularzu oferty.

W doktrynie słuszne podkreśla się, że wykonawcy powinni mieć pełną świadomość, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tylko bowiem wówczas będą mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Z tych też względów zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach (tak: D. Grześkowiak-Stojek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91., pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis). Jak trafnie zauważa J. Pieróg: *"Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych."* (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis). Kryteria oceny ofert oraz sposób ich tworzenia i oceny ofert na ich podstawie mają zasadnicze znaczenie dla systemu zamówień publicznych, bowiem to w oparciu o nie zamawiający decyduje komu udzieli zamówienia. Z tych względów zamawiający musi odpowiednio wcześniej przemyśleć i wskazać wszystkie kryteria, które uważa za istotne, a które powinny spowodować, że wybierze właściwą ofertę (M. Meducki, ZPDORADCA 2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Podkreślenia wymaga, że istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów pzp powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1 pzp (aktualnie art. 16 pkt 1) pzp), stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. Konieczność weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny ofert w momencie ich składania stanowi warunek sine qua non równego traktowania wykonawców a zatem kryteria te nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy niesprawdzalnych na tym etapie zobowiązań. Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert to de facto nie jest to w ogóle kryterium oceny ofert. W wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 35/21 Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, że:

„Podzielając powyższe poglądy sąd okręgowy stoi na kategorycznym stanowisku, wyrażonym już z resztą w wyroku wydanym przez tut. sąd w innym składzie, iż obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).” Odwołujący zgadza się w pełni ze słusznym stanowiskiem Sądu, wyrażonym w powyższym wyroku oraz w

przytoczonym w jego treści wyrokiem tego samego Sądu z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20.

Powyższe potwierdziła również KIO w wyroki z dnia 7 listopada 2022 r. o sygn. akt: KIO 2807/22, która w pełni podzieliła stanowisko prezentowane przez Sąd Okręgowy i Odwołującego.

Brzmienie art. 91 ust. 2d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, obecnie znajdujące się w art. 240 ust. 2 P.z.p z 2019 r., w definitywny sposób bowiem zobowiązuje zamawiających do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, których spełnienie przez ofertę wykonawcy da się obiektywnie zweryfikować jeszcze przed przyznaniem jej stosownej liczby punktów. Warto przy tym podkreślić, że Sąd Okręgowy w Warszawie, który wydał wyżej przytoczone wyroki, stanowi instancję odwoławczą w stosunku do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 580 ust. 1 P.z.p. W konsekwencji, stwierdzić należy, że ukształtowała się linia orzecznicza, która potwierdza stanowisko Odwołującego, co przesądza o zasadności odwołania.

W dyrektywie klasycznej (dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych) w motywie 92 wskazano, co następuje: 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. Odpowiada temu treść art. 67 ust. 4 w/w dyrektywy: Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów. Jak zatem widać, prawodawca europejski wskazał wyraźnie, że państwa członkowskie powinny tak implementować dyrektywę, aby skutecznie weryfikować deklaracje ofertowe w zakresie kryteriów jakościowych.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastrzeżone kryterium jest nieweryfikowalne na etapie oceny ofert.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zamawiający naruszył treść art. 436 pkt 3) Pzp nie określając w § 7 załącznika nr 4 do SWZ Istotne postanowienia umowy - wzór umowy łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Zgodnie z wyżej przywołanym przepisem: *"Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: [...] 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;"*

Jak podkreśla się w doktrynie ustalenie tego limitu jest elementem obligatoryjnym umowy zawartej przy zastosowaniu ustawy Pzp. Przepis nie powinien być jednak rozumiany jako podstawa do obowiązkowego wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych, lecz jedynie jako podstawa do określenia w umowie ich limitu kwotowego.

Wobec tego wszystkie umowy zawierane w wyniku udzielenia zamówienia publicznego muszą wskazywać limit kar umownych. W przypadku niezgodności postanowień umowy z art. 436 pkt 3 Pzp postanowienia o karach umownych winny zostać uznane za nieważne. (tak m. in w: Foryński Radosław, Tempieńska Karolina, Obowiązek limitowania kary umownej w zamówieniach publicznych: LEX, Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX oraz Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX)

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

W ust. 3.4 Rozdziału I - Informacje Ogólne SWZ Zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w sposób następujący: *"Wykonawca obowiązany jest wykonywać przedmiot zamówienia nieprzerwanie, przez cały czas trwania umowy, co oznacza konieczność zapewnienia całodziennego wyżywienia przez 7 dni w tygodniu bez względu na to czy są to dni ustawowo wolne od pracy i święta, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie normami i przepisami dot. placówek służby zdrowia. Przewidywany zakres zamówienia posiłków wynosi ok. 27.000 posiłków (osobodni) oraz 1.750 podwieczorków dla diabetyków rocznie. **Podana przez Zamawiającego liczba posiłków ma charakter szacunkowy i w trakcie realizacji przedmiotowej umowy może ulec zmianie (zmniejszeniu lub zwiększeniu) w zależności od bieżących rzeczywistych potrzeb Zamawiającego związanych z ilością hospitalizowanych pacjentów. Zamawiający przewiduje minimalną ilość posiłków 10.000 posiłków (osobodni) i 100 podwieczorków."***

Co warte zauważenia Zamawiający nie określił minimalnego progu wykonania Umowy w projektowanych postanowieniach Umowy lecz w SWZ.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp:

„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

[...]

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron."

Należy podnieść, że komentowany przepis nie daje Zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego w postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości ok. 37 % przewidywanego zakresu zamówienia i ograniczenia, w ten sposób, roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje

udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”) w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy.

Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp. Zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali – koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 5

W ust. 3 § 12 - Zmiany umowy - załącznika nr 4 do SWZ - istotne postanowienia Umowy - wzór Umowy Zamawiający zastrzegł:

*"Na podstawie art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych ustala się, że po upływie 6 miesięcy obowiązywania Umowy, w przypadku gdy z opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statycznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w danym miesiącu, wynikać będzie, iż wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w porównaniu z miesiącem, w którym zawarto Umowę, wzrośnie lub spadnie o więcej niż 10%, każdej ze **Stron przysługiwać będzie prawo do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja), przy czym jedynie o 50% różnicy pomiędzy wskaźnikiem z miesiąca waloryzacji a wskaźnikiem z miesiąca odniesienia.** Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy następuje przy tym ze skutkiem od pierwszego dnia kolejnego miesiąca kalendarzowego, co oznacza, iż wynagrodzenie za dostawy zakończone (wykonane i odebrane) przed skutkiem waloryzacji nie ulega zmianie. Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy jest także wyłączone w stosunku do dostaw, które zgodnie z postanowieniami Umowy powinny być zakończone, a zakończone w terminie nie zostały z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie postanowień niniejszego ustępu następować może nie częściej niż 1 raz na 6 miesięcy kalendarzowych. Zamawiający dopuszcza przy tym maksymalną zmianę wynagrodzenia Wykonawcy, następującą w efekcie zastosowania postanowień niniejszego ustępu w całym okresie obowiązywania Umowy, w wysokości 50 %."*

W ocenie Odwołującego ograniczenie prawa do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja) jedynie o 50% różnicy pomiędzy wskaźnikiem z miesiąca waloryzacji a wskaźnikiem z miesiąca odniesienia świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy.

50 % różnicy pomiędzy wskaźnikiem z miesiąca waloryzacji a wskaźnikiem z miesiąca odniesienia jest wartością rażąco zaniżoną.

W ocenie Odwołującego w.w. zapisami Zamawiający ograniczył Wykonawcy ustawowe Prawo do waloryzacji wynagrodzenia.

Wykonawca nie ma wpływu na wahania cen na rynku a ograniczenie waloryzacji w tak dużym stopniu obciąża wykonawcę nadmiernym ryzykiem błędnego (zbyt niskiego) skalkulowania wysokości zakupu surowcowego. W przypadku postępowania przetargowego na usługi mówimy tutaj o codziennym koszcie ponoszonym przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego. Restrykcyjne zakresy i ograniczenia wskazane przez Zamawiającego dot. stosowania art. 439 ust. 2 ustawy Pzp są elementem współdziałania w realizacji zamówienia i naruszają również art. 431 ustawy Pzp mówiący o współdziałaniu stron umowy przy wykonywaniu zamówienia. Ustawodawca dał jasny sygnał, że niedopuszczalne jest obarczanie wykonawców wszystkimi ryzykami realizacji danego zamówienia i zostali wyraźnie zobowiązani do przestrzegania zasady proporcjonalności. W ramach prac legislacyjnych wyraźnie wskazano, że wprowadzone ograniczenia nie mają na celu „*uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców*”.

Wielokrotnie wskazywano również, że przepisy tej ustawy mają przede wszystkim na celu wprowadzenie regulacji, która będzie zmierzała do lepszego wyważenia interesów stron umowy o zamówienie publiczne. Narzędziami, które miały temu służyć, są postanowienia dotyczące umów o zamówienie publiczne, w szczególności przepis określający obowiązkowe klauzule umowne, przepis art. 433 pzp, wprowadzający do Pzp klauzule niedozwolone, czy art. 439 Pzp, dotyczący obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca wszystkie ryzyka na wykonawców, gdyż to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty.

Jak wskazuje się w doktrynie: „*Art. 439 ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych, będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń, każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia*”.

Ustanowienie tak wysokiego maksymalnego progu do wysokości którego Wykonawca może ubiegać się o waloryzację nie występuje w praktyce w umowach i nie jest poprawnym wykorzystaniem pozycji dominującej w postępowaniu przetargowym.

Prawo do żądania odpowiednio zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy lub jego obniżenia (waloryzacja), przy czym jedynie o 50% różnicy pomiędzy wskaźnikiem z miesiąca waloryzacji a wskaźnikiem z miesiąca odniesienia jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

załączniki:

1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.