

Łódź, dnia 28 lipca 2021 roku

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

Zamawiający: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Nr 1 w Bełżycach**
z siedzibą w Bełżycach
ul. Przemysłowa 44
24-200 Bełżyce
KRS: 0000208113
Tel.: +48 81 516 11 37
E-mail: zamow.belzyce@powiat.lublin.pl
www.spzoz1belzyce.pl

Odwołujący: **1. JOL-MARK Sp. z o. o.**
z siedzibą w Gliwicach
ul. Portowa 16G 44-100 Gliwice
KRS: 0000654522
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Ewę Grzelak
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania w trybie podstawowym na usługi społeczne o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. „Świadczenie usług w zakresie całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Szpitalu Powiatowym im. dr. Wojciecha Oczki Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Nr 1 w Bełżycach”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 sierpnia 2021 roku, numer referencyjny: ZP/Ż/10/2021

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – JOL-MARK 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. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm. - zwanej dalej „P.z.p.”):

- I. **wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.:
 1. określenie ceny jako wyłącznego kryterium oceny ofert;
 2. projektowane postanowienia umowy: brak określenia maksymalnej łącznej wysokości kar umownych oraz nieprawidłowe określenie terminu odstąpienia przez wykonawcę od umowy i wysokość odstępnego;
- II. **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 246 ust. 1 i 2 P.z.p. w zw. z art. 266 P.z.p.** poprzez określenie kryterium ceny o wadze 100 %, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do określenia kryterium pozacenowego 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. 436 pkt 3 P.z.p.** poprzez brak określenia w projekcie umowy stanowiącym załącznik do SWZ łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający;
3. **art. 396 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p** poprzez określenie rażąco wygórowanego odstępnego w kwocie 100% wartości brutto przedmiotu umowy, podczas gdy zastrzeżenie jako odstępnego sum lub rzeczy o znacznej w porównaniu ze świadczeniami stron wartości jest nieważne ze względu na sprzeczność z naturą stosunku i zasadami współżycia społecznego.

III. wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany:

a) rozdziału XV ust 1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ”) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„1. Przy wyborze oferty, Zamawiający będzie się kierował następującym kryterium i jego znaczeniem:

a) Cena – 60 PKT (znaczenie 60% kryterium "cena" podane w pkt),

b) Odległość kuchni do 30 km o wadze 40%”

"2. Sposób obliczania wartości punktowej ocenianego kryterium:

a) Wartość punktowa Kryterium 1 [Oferowana cena (...)] wyliczana będzie

według wzoru:

$$\text{Wartość punktowa ceny} = \frac{C_{\min}}{C_{cn}} \times 100 \times 60\%$$

C - cena

cmin - cena najniższa spośród złożonych ofert

cn - cena oferty badanej

Zamawiający zastosuje zaokrąglenie każdego wyniku do dwóch miejsc po przecinku.

b) Wartość punktowa Kryterium 2 (odległość) wyliczona według wzoru:

Ocena ofert będzie dokonywana według następujących zasad:

Odległość – 0 do 29 km – 40 pkt.

Odległość – 30 do 49 km – 20 pkt.

Odległość – powyżej 50 km – 10 pkt.

Wartość punktowa odległości = 0

Ocena końcowa = Cena + Odległość

b) § 8 załącznika nr 7 do SWZ - projektu umowy

poprzez dodanie do § 8 ustępu 8 w brzmieniu: „8. Łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić od Wykonawcy Zamawiający nie może przekroczyć 10% szacunkowej sumarycznej wartości wynagrodzenia Wykonawcy określonej w § 7 ust. 1 umowy.”

c) zmianę § 12 załącznika nr 7 do SWZ - projektu umowy

poprzez zamianę wartości „100%” na wartość „10%”.

- 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 P.z.p.

Uzasadnienie

W dniu 23 lipca 2021 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości nieprzekraczającej progów unijnych pn. „Świadczenie usług w zakresie całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Szpitalu Powiatowym im. dr. Wojciecha Oczki Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Nr 1 w Bełżycach”.

Zarzut 1:

Zamawiający wskazał w Rozdziale XV ust 1 SWZ, jako kryterium oceny ofert cenę - 100 pkt (znaczenie 100% kryterium "cena" podane w pkt).

W myśl art 246 ust. 2 P.z.p. zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 P.z.p. (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 P.z.p. – 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.).

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.

Należy zauważyć, że opisane w załączniku nr 1 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia na rok 2021 czynności, za które odpowiedzialny jest wykonawca, nie stanowią w istocie wymagań jakościowych. Jest to jedynie doprecyzowanie przedmiotu zamówienia przez wyszczególnienie niezbędnych do wykonania czynności, z określeniem ich częstotliwości i koniecznych do zastosowania środków, sprzętu i asortymentu. Przepis art. 246 ust. 2 P.z.p. wymaga zaś, aby w opisie przedmiotu zamówienia opisane zostały dodatkowo konkretne wymagania co do jakości, których w wypadku przedmiotowego postępowania zabrakło, co wskazuje na naruszenie przepisu.

We wskazanym załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający wskazał m.in. produkty, które mają być stosowane w odniesieniu do poszczególnych diet. Nie ma jednak w tym wypadku określenia jakości tych produktów np. mlecznych, zup, ryb, pieczywa (zawartość zagęszczaczy, przyswajalność wapnia, oczekiwana szacunkowa zawartość makroelementów, zawartość konserwantów, dodatek glutaminianu sodu i innych wzmacniaczy smaku, użycie oleju palmowego).

Przykładowo w diecie cukrzycowej wskazano, że na śniadanie zamiast zupy mlecznej - napoje fermentowane lub zupy bez-mleczne z warzywami lub zgodnie z zaleceniami lekarza co również nie jest wskazaniem jakościowym, gdyż napoje fermentowane i zupy bez-mleczne z warzywami mogą cechować się różną jakością.

Zamawiający nie określił również wskazań jakościowych dla wszystkich hospitalizowanych co do dodatków do pieczywa - "wędlna, twaróg, jajka, pasty, masło inne... warzywa, owoce".

Wskazał jedynie, iż wędliny podawane do śniadania i kolacji muszą zawierać nie mniej niż 80% mięsa w wyrobie, jednak bez określenia przede wszystkim, z jakiego mięsa mogą być wyprodukowane wędliny.

Przykładów jest oczywiście więcej: wyróżnia się różne klasy jaj, które mają znaczenie dla produkcji z nich produktów spożywczych, przy czym można także wskazać, czy mają to być jaja od kur z wolnego wybiegu, czy z chowu klatkowego, co też decyduje o jakości. Powyższe odnosi się również do twarogu, gdyż wartość odżywcza twarogów zależy od różnych rodzajów białego sera, tj. np. twaróg chudy, półtłusty, wiejski, śmietankowy. Wymaganiem jakościowym twarogu może również być zawartość wapnia a nawet fosforu.

Możliwe jest też określenie jakości musów owocowych, który według załącznika nr 1 do SWZ również ma być podawany dzieciom do 5 miesiąca życia. Zamawiający nie zastrzegł, czy mają to być np. warzywa i owoce świeże czy mrożone, a jeśli świeże, to której klasy (istnieje zaś zasadnicza różnica między choćby jabłkami klasy I a jabłkami klasy II, nie tylko w cenie).

Zamawiający pomimo wskazania poszczególnych diet nie określił szczegółowo swoich wymagań w zakresie kaloryczności danej diety, ani nawet gramatury posiłków.

W konsekwencji, to nie opis przedmiotu zamówienia w tym konkretnym przypadku dyktuje jakość, lecz będzie ją dyktowało doświadczenie wykonawcy – zarówno w zakresie dostaw, jak i produkcji. Istnieje rozległe orzecznictwo wskazujące, że w przypadku usług polegających na fizycznym wykonaniu świadczenia o niemierzalnym z absolutną dokładnością rezultacie – tj. takich jak przedmiotowe usługi - nie ma możliwości udzielenia zamówienia jedynie na podstawie kryterium ceny, gdyż o jakości najczęściej decydują indywidualne właściwości wykonawcy; i tak orzeczenie GKO z 26.4.2018 r., BDF1.4800.13.2018, Legalis – *"Zamówienia na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu nie można zaliczyć do kategorii "prostych, nieskomplikowanych usług". Przy wykonywaniu usługi inżyniera kontraktu istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na podobnych inwestycjach. Usługi tej nie może zatem świadczyć każdy podmiot, lecz tylko ten, który – poza posiadaniem uprawnień budowlanych – spełnia także inne warunki, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia. Należy więc uznać, że nieprawidłowe jest działanie zamawiającego, który wybiera kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w tej materii"*; uchwała KIO z 11.10.2016 r., KIO/KD 62/16, Legalis – *"Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Jeżeli przedmiot zamówienia nie jest powszechnie dostępny oraz nie ma ustalonych standardów jakościowych, zamawiający nie może innym niż cena kryteriom oceny ofert przypisać znaczenia, które wskazywałoby na zamiar uniknięcia stosowania art. 91 ust. 2a PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 246]. Przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny, gdy służy każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. O dostępności usługi nie świadczy to, od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy"*; uchwała KIO z 19.9.2016 r., KIO/KD 57/16, Legalis – *"Do kategorii usług "o ustalonym standardzie jakościowym" możemy zaliczyć "usługi, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Tym samym każde zamówienie, które będzie wymagało sporządzenia obszernego opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenia do umowy klauzul w miarę szczegółowo regulujących sposób wykonania, z założenia nie będzie posiadało ustalonych standardów jakościowych – będzie je trzeba dopiero ustalić indywidualnie.*

Podobnie narzędziem do ustalenia minimalnego standardu usługi – a przynajmniej próby takiego ustalenia – jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz kwalifikacji jego personelu.". Podobnie KIO w wyroku z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1270/20.

Podsumowując ten wątek, należy zauważyć, że wykładni przepisu art. 246 ust. 2 P.z.p. nie można sprowadzić do prostego rozumowania, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia równa się określeniu wymogów jakościowych. Istnieje bowiem jednocześnie przepis art. 99 ust. 1 P.z.p., który stanowi, że *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeśli zatem dany zamawiający nawet opisuje przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący, to nie jest równoznaczne z tym, że opisał wymagania jakościowe stosownie do art. 246 ust. 2.* Gdyby bowiem opis przedmiotu zamówienia nie był wyczerpujący, to zamawiający naruszyłby nie art. 246 ust. 2 P.z.p., lecz art. 99 ust. 1 P.z.p. Nie do przyjęcia byłoby zatem stanowisko, że wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który z natury rzeczy określa jedynie minimalne wymogi wykonania zamówienia, nieokreślający wymogów jakościowych wykraczających ponad te minimalne wymogi, świadczy o zachowaniu przepisu art. 246 ust. 2 P.z.p. Potwierdza to komentarz Arkadiusza Szyszkowskiego: *Brak ustawowej definicji pojęcia „wymagania jakościowe”, zważywszy, że jest to część opisu przedmiotu zamówienia, oznacza jednak wprowadzenie do OPZ parametrów odnoszących się do jakości.* (Szyszkowski Arkadiusz, *Tryb podstawowy w nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych. Analiza praktyczna*, C.H. Beck, 2021, wyd. 1, [w]: rozdział II, pkt 2.1.).

Na marginesie, Odwołujący podkreśla, że zgodnie ze słusznym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, [...] **określenie w nowym ZamPublU takiej możliwości jako wyjątku od zasady powoduje, że przepis ten będzie podlegał ścisłej wykładni, a na zamawiającym będzie spoczywał ciężar dowodowy wykazania prawidłowości określenia w taki sposób kryteriów oceny ofert.** (Jaworska Marzena, *Kryteria oceny ofert - stan obecny i nowe Prawo zamówień publicznych*, Zamówienia Publiczne Doradca, 2020, Nr 3, [w]: *Kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert*).

Wobec powyższego Zamawiający w ocenie odwołującego miał obowiązek określenia co najmniej jednego dodatkowego pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40%, zgodnie z art. 246 ust. 1 P.z.p w zw. z art. 242 ust 1 pkt 1 P.z.p. Według jego treści Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 p.z.p (w tym Zamawiający) oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

Zarzut 2:

Mając na względzie powyższym wnoszę nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany rozdziału XV SWZ w sposób wskazany w pkt III pkt a) *petitum* odwołania.

Jednocześnie Zamawiający naruszył art. 436 pkt 3 P.z.p. nieokreślając w § 8 załącznika nr 7 do SWZ - Projektu umowy łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Jak podkreśla się w doktrynie ustalenie tego limitu jest elementem obligatoryjnym umowy zawartej przy zastosowaniu ustawy p.z.p. 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 p.z.p. postanowienia o karach umownych winny zostać uznane za nieważne. (*tak m. in w: Foryński Radosław, Tempnińska 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*)

Mając na względzie powyższym wnoszę jak w pkt III lit. b *petitum* odwołania.

Zarzut 3:

W § 12 ust 3 załącznika nr 7 do SWZ - projektu umowy Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca może odstąpić od niniejszej umowy całym okresie jej obowiązywania za zapłatą odstępnego w kwocie wynoszącej 100 % wartości brutto przedmiotu umowy określonego w § 7 ust. 1 niniejszej umowy”. Dodatkowo w tym samym zapisie Zamawiający określił odstępnego w wysokości 100% wartości brutto przedmiotu umowy. W myśl art. 396 k.c., jeżeli zostało zastrzeżone, że jednej lub obu stronom wolno od umowy odstąpić za zapłatą oznaczonej sumy (odstępnego), oświadczenie o odstąpieniu jest skuteczne tylko wtedy, gdy zostało złożone jednocześnie z zapłatą odstępnego.

Jak podkreśla się w literaturze swoboda stron dotycząca ustalenia wysokości odstępnego mieści się w ramach wyznaczonych przez art. 353¹ k.c. w zw. art. 58 k.c. Chodzi tu w szczególności o zasady słuszności i dobrej wiary (*tak w: Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534) LEX P. Drapała [w:] System Prawa Prywatnego..., t. 5, 2006, s. 952; A. Olejniczak [w:] Kodeks cywilny..., red. A. Kidyba, t. III, 2010, s. 296.*)

Odstępnego uznawane jest za surogat odszkodowania w granicach ujemnego interesu umowy za zawód wynikły z niedojścia umowy do skutku, wobec czego jego wysokość musi w sposób zobiektywizowany rekompensować wartość tego interesu (*tak w: Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534) LEX, R. Longchamps de Bériér, Zobowiązania..., 1939, s. 182; P. Drapała [w:] System Prawa Prywatnego..., t. 5, 2006, s. 951; W. Popiołek [w:] Kodeks cywilny..., red. K. Pietrzykowski, t. I, 2008, s. 1177.*)

Biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający zastrzegł odstępnę w wysokości 100% wartości brutto przedmiotu w każdym czasie (przez okres trwania umowy) nie można go uznać, iż w sposób zobiektywizowany rekompensuje wartość interesu Zamawiającego w przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od zamówienia.

Przykładowo, w sytuacji gdy umowa zostanie wypowiedziana przez Wykonawcę w okresie gdy termin kontraktu będzie zbliżał się ku końcowi (gdy Wykonawca wykonał w zdecydowanej większości świadczenia wynikające z przedmiotu zamówienia) to zapłata przez Wykonawcę odstępnego w wysokości 100 % wartości brutto umowy doprowadzi do uzyskania przez Zamawiającego podwójnych korzyści w postaci zrealizowania większości kontraktu (otrzymania świadczenia) oraz zwrotu całości wynagrodzenia Wykonawcy (zwrotu świadczenia Zamawiającego).

Ponadto zastrzeżone przez Zamawiającego odstąpienie może prowadzić do powstania znacznej szkody po stronie Wykonawcy zamówienia.

Należy uznać, iż wysokość zastrzeżonego odstąpienia stoi w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i zasady swobody umów określonych w art. 353¹ k.c.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o zmianę § 12 ust. 3 załącznika nr 7 do SWZ - projektu umowy poprzez wykreślenie ust 3 przewidującego możliwość odstąpienie od umowy przez Wykonawcę.

W załączeniu:

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.