

Łódź, dnia 10 lipca 2023 roku

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

**Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Opolskie Centrum  
Onkologii im. prof. Tadeusza Koszarowskiego w Opolu**

ul. Katowicka 66A, 45-061 Opole

KRS: 0000001712

NIP: 754-25-57-814

Tel.: 77 441 60 01

E-mail: bkopec@onkologia.opole.pl

adres strony: <https://nowa.onkologia.opole.pl/>

**Odwołujący: Naprzód Catering spółka z ograniczoną  
odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**

ul. Traktorowa 126/301, 91-204 Łódź

KRS: 0000601008, NIP: 6772398589

Tel. +48 426405777

FAX: +48 422572816

e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Ludwikę Mospinek

adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

**Dotyczy:** postępowania w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na usługi społeczne o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. „Świadczenie usług w zakresie całodobowego żywienia pacjentów SP ZOZ Opolskie Centrum Onkologii w Opolu przez okres 16 miesięcy”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 lipca 2023 roku pod numerem 2023/BZP 00289439 numer referencyjny: NZ.2800.33.2023-TP.

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Odwołującego Naprzód Catering 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 (tekst jednolity: Dz.U. z 2022 roku, poz. 1710 zwanej dalej „Pzp.”):

1. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia – tj.:
  - 1.1. niewłaściwego określenia w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) warunku udziału polegającego na tym, że Wykonawca winien posiadać aktualną decyzję właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego, stwierdzającego, że zakład/kuchnia, w którym będą przygotowywane posiłki przeznaczone dla pacjentów spełnia konieczne wymagania niezbędne do zapewnienia higieny i właściwej jakości zdrowotnej w zakresie produkcji posiłków oraz usług cateringowych, oraz aktualnej decyzji właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego, o spełnieniu przez środek transportu żywności wymogów higieniczno – sanitarnych. jako warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.
  - 1.2. określenie w załączniku nr 2 do SWZ - Projekcie Umowy wysokości zabezpieczenia należytego wykonania Umowy niezgodnie z przepisami Prawa Zamówień Publicznych

**I. zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**

1. **art. 112 ust 2 pkt 2) 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 winien posiadać aktualną decyzję właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego, stwierdzającego, że zakład/kuchnia, w którym będą przygotowywane posiłki przeznaczone dla pacjentów spełnia konieczne wymagania niezbędne do zapewnienia higieny i właściwej jakości zdrowotnej w zakresie produkcji posiłków oraz usług cateringowych, oraz aktualnej decyzji właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego, o spełnieniu przez środek transportu żywności wymogów higieniczno – sanitarnych jako warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów podczas gdy:
  1. 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 treścią 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 **albowiem warunek ten dotyczy zdolności technicznej;**
  2. 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. 452 ust. 2 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp** poprzez określenie w § 9 ust. 1 załącznika nr 2 do SWZ zabezpieczenie należytego wykonania zobowiązania w wysokości 10 % podczas gdy zgodnie z treścią art. 452 ust. 2 Pzp zabezpieczenie należytego wykonania zobowiązania ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

**II. wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:**

1. w zakresie zarzutu nr 1: wykreślenie z ogłoszenia o zamówieniu i SWZ warunku udziału polegającego na tym, że Wykonawca winien posiadać aktualną decyzję właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego, stwierdzającego, że zakład/kuchnia, w którym będą przygotowywane posiłki przeznaczone dla pacjentów spełnia konieczne wymagania niezbędne do zapewnienia higieny i właściwej jakości zdrowotnej w zakresie produkcji posiłków oraz usług cateringowych, oraz aktualnej decyzji właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego, o spełnieniu przez środek transportu żywności wymogów higieniczno – sanitarnych i określenie go jako warunek dot. zdolności technicznej lub zawodowej

proponujemy:

- usunięcie w ogłoszeniu o zamówienia podpunktu 1.1 pkt 5.4) Sekcji V - Kwalifikacja Wykonawców w rozdziale VIII SWZ oraz dodanie do podpunktu 1.2 pkt 5.4) Sekcji V podpunktu 4) o dotychczasowej treści przewidzianego warunku;
- usunięcie dotychczasowej treści ust. 1 pkt 1.1. Rozdziału VIII SWZ - INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU i dodanie do pkt 1.2. ppkt 4) o dotychczasowej treści przewidzianego warunku;

2. w zakresie zarzutu nr 2: zmianę § 9 ust. 1 załącznika nr 2 do SWZ - Projekt Umowy

poprzez nadanie mu następującej treści: "*§ 9 Zabezpieczenie należytego wykonania umowy 1. Wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie ..... o wartości .....(słownie:.....), co stanowi 5 % ceny całkowitej brutto podanej w ofercie.*"

III. wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od wniesionego odwołania,

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

### 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 § 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: *"Wykonawca winien posiadać aktualną decyzję właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego, stwierdzającą, że zakład/kuchnia, w którym będą przygotowywane posiłki przeznaczone dla pacjentów spełnia konieczne wymagania niezbędne do zapewnienia higieny i właściwej jakości zdrowotnej w zakresie produkcji posiłków oraz usług cateringowych, oraz aktualnej decyzji właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego, o spełnieniu przez środek transportu żywności wymogów higieniczno – sanitarnych.*

*Dowód (dokument podmiotowy):*

*Aktualna decyzja właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego datowana nie wcześniej niż 12 miesięcy przed terminem złożenia ofert, potwierdzająca, że zakład/kuchnia, w którym będą przygotowywane posiłki przeznaczone dla pacjentów spełnia konieczne wymagania niezbędne do zapewnienia higieny i właściwej jakości zdrowotnej w zakresie produkcji posiłków oraz usług cateringowych oraz datowanej nie wcześniej niż 12 miesięcy przed terminem złożenia ofert decyzji właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego, o spełnieniu przez środek transportu żywności wymogów higieniczno - sanitarnych."*

Sklasyfikowanie żądania aktualnej decyzji właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego jako warunku odnoszącego się do dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, narusza przepisy Prawa Zamówień Publicznych.

Powyżej zastrzeżony przez Zamawiającego warunek udziału 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 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 aktualnej decyzja właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzającej że zakład/kuchnia, w którym będą przygotowywane posiłki przeznaczone dla pacjentów spełnia konieczne wymagania niezbędne do zapewnienia higieny i właściwej jakości zdrowotnej w zakresie produkcji posiłków oraz usług cateringowych 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, bowiem odnosi się do niezbędnych zasobów, którymi musi się wykazać Wykonawca.

Mając na względzie powyższe warunek ten winien zostać zaklasyfikowany jako warunek odnoszący się zdolności technicznych lub zawodowych Wykonawcy.

W konsekwencji nieprawidłowa klasyfikacja warunku, jako odnoszącego do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także znacząco ogranicza krąg wykonawców mogących starać się o udzielenie zamówienia.

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.

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.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

## **Uzasadnienie zarzutu nr 2**

W § 9 ust. 1 załącznika nr 2 do SWZ - Projekcie Umowy zastrzeżono: "*§ 9 Zabezpieczenie należytego wykonania umowy:*

*1. Wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie ..... o wartości .....(słownie:.....), co stanowi 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie."*

Zgodnie z natomiast z art. 452 Pzp ust. 2 Pzp: "*Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy."*

Co więcej w Rozdziale XVI SWZ - WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM w ust. 5 pkt 1. Zamawiający wskazał: "*Od Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, wymagane będzie wniesienie, przed zawarciem umowy, zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5 % ceny całkowitej (brutto) podanej w ofercie za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy ze względu na specyfikę rodzaju realizowanych usług/żywnienie pacjentów onkologicznych – podmiot leczniczy – szpital onkologiczny oraz możliwych negatywnych konsekwencji – skutków wadliwego jego wykonania dla Zamawiającego, co wynika z negatywnych doświadczeń Zamawiającego z poprzednich postępowań w związku z nienależytym wykonaniem umów.*

*Przedmiot zamówienia wymaga zabezpieczenia na tym poziomie z uwagi na zwiększone ryzyko nienależytego wykonania tego zamówienia z powodów jak wyżej."*

Wobec powyższego zapis § 9 ust. 1 załącznika nr 2 do SWZ stoi w sprzeczności z w.w. przepisem Prawa Zamówień Publicznych oraz samym SWZ.

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 wysłania kopii odwołania zamawiającemu.