

Radziejów, dnia 09 listopada 2021 r.

Do wszystkich zainteresowanych

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym o wartości zamówienia nie przekraczającej progów wskazanych w art.359 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych tj.: poniżej 750 tys. euro na usługi społeczne w zakresie przygotowywania i dystrybucji całodobowych posiłków dla pacjentów Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Radziejowie - oznaczenie sprawy: US_01/2021

Niniejszym, na mocy przysługujących nam jako Zamawiającemu uprawnień i obowiązków wynikających z dyspozycji art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) informujemy, że w dniu 8 listopada 2021 r. wpłynęło odwołanie na zapisy specyfikacji warunków zamówienia.

Wobec powyższego Zamawiający wzywa wykonawców do przestąpienia do postępowania odwoławczego.

Kopia odwołania w załączeniu.

Z poważaniem

Dyrektor SP ZOZ w Radziejowie

mgr Sebastian Jankiewicz

Łódź, dnia 8 listopada 2021 roku

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

Zamawiający: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
z siedzibą w Radziejowie**
ul. Szpitalna 3, 88-200 Radziejów
KRS: 0000005015
Tel.: 54/2856200
Faks: 54/28537014
poczta@szpitalradziejow.pl
www.szpitalradziejow.pl

Odwołujący: **CATERMED sp. z o.o.**
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź
KRS: 0000914373
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Ludwika Mospinek
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów wskazanych w art. 359 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych tj.: poniżej 750 tys. euro na usługi społeczne w zakresie przygotowywania i dystrybucji całodobowych posiłków dla pacjentów Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Radziejowie, nr sprawy US_01/2021, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00255282/01 z dnia 3 listopada 2021 r.

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. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp”):

- I. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na projektowane postanowienie umowy, tj.:
- 1) określenie kryterium oceny ofert,
 - 2) brak zastrzeżenia w projektowanych postanowieniach umowy postanowień przewidujących zmianę wynagrodzenia wykonawcy w warunkach art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp,
 - 3) zastrzeżenie niedozwolonych postanowień w projektowanych postanowieniach umowy,
 - 4) zastrzeżenie rażąco wygórowanych kar umownych oraz rażąco wygórowanego limitu kar umownych,

- 5) brak zastrzeżenia w projektowanych postanowieniach umowy postanowień przewidujących rozwiązanie umowy przez wykonawcę,
- 6) określenie warunków udziału w postępowaniu,

II. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 246 ust. 1 i 2 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp** 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 4 lit. b) tiret trzecie i czwarte Pzp** poprzez zaniechanie zastrzeżenia w projektowanych postanowieniach umowy zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany:
 - a) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
 - b) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342)
 - pomimo faktu, że zamówienie ma zostać udzielone na okres 24 miesiące,
3. **art. 433 pkt 2 Pzp** poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy kary umownej za rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, choć postanowienie to abstrahuje od przedmiotu umowy i jej prawidłowego wykonania,
4. **art. 433 pkt 2 i 3 Pzp** poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy kary umownej za zaprzestanie realizacji umowy przez wykonawcę, choć postanowienie to abstrahuje zarówno od przedmiotu umowy i jej prawidłowego wykonania, jak i od okoliczności, czy zaprzestanie realizacji umowy jest wynikiem okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający,
5. **art. 436 pkt 3 Pzp w zw. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 Kc oraz art. 5 Kc w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kc** poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę,
6. **art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „K.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp** przez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy prawa do wypowiedzenia i rozwiązania umowy jedynie po stronie Zamawiającego, bez zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę,
7. **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp** przez zastrzeżenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegający na dysponowaniu obiektem, w którym wykonawca będzie awaryjnie realizował przedmiot zamówienia, zawierającym niezbędne

pomieszczenia, wyposażenie i sprzęt, pozwalającym na przygotowanie minimum 180-195 posiłków całodobowych codziennie, zlokalizowanym w odległości nie więcej niż 60 km od siedziby Zamawiającego, podczas gdy wymóg zlokalizowania takiego obiektu w odległości nie więcej niż 60 km od siedziby Zamawiającego jest nieproporcjonalny, abstrahuje od zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a ponadto narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż prowadzi do preferencji wykonawców lokalnych,

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 – zmianę ogłoszenia o zamówieniu w pkt. 4.3.1. przez nadanie mu treści: „Oferty będą oceniane według ww. kryteriów, w następujący sposób:

Oferty będą oceniane w odniesieniu do najkorzystniejszych danych przedstawionych przez Wykonawców odpowiednio w zakresie kryterium, w następujący sposób:

- 1) Kryterium cena – 60%: Oferta z najniższą ceną brutto otrzyma maksymalną ilość punktów, a pozostałym ofertom zostanie przypisana odpowiednio mniejsza liczba punktów, zgodnie ze wzorem:

$$C = \left(\frac{\text{Oferta o najniższej cenie brutto}}{\text{Cena brutto oferty badanej}} \times 100 \text{ pkt} \right) \times \text{waga kryterium tj. 60 \%}$$

gdzie: C - wartość punktowa badanej oferty

- 2) Kryterium (L) posiadanie licencji gotowego posiłku – 40%

Ocena jakości dotyczyć będzie posiadania przez Wykonawcę: zaświadczenia wydanego od roku 2019 wzwyż przez akredytowane laboratorium żywnościowe o uzyskaniu licencji gotowego posiłku, potwierdzającego jakość gotowego wyrobu przygotowanego w ramach danej diety szpitalnej (1 dieta= 1 zaświadczenie).

Punkty zostaną przyznane według posiadanej liczby zaświadczeń wg. zasady:

- 8 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 40 pkt
- 6 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 20 pkt
- 3 zaświadczenia dotyczące różnych diet - 10 pkt
- mniej niż 3 zaświadczenia - 0 pkt”

- 2) w zakresie zarzutu nr 1 – zmianę ogłoszenia o zamówieniu w pkt. 4.3.3. przez nadanie mu treści: „Kryterium ceny oraz kryterium pozacenowe”,
- 3) w zakresie zarzutu nr 1 – zmianę ogłoszenia o zamówieniu w pkt. 4.3.6. przez nadanie mu treści: „Waga: 60”,
- 4) w zakresie zarzutu nr 1 – zmianę ogłoszenia o zamówieniu przez dodanie pkt. 4.3.7. o treści następującej: „Nazwa kryterium: posiadanie licencji gotowego posiłku”,
- 5) w zakresie zarzutu nr 1 – zmianę ogłoszenia o zamówieniu przez dodanie pkt. 4.3.8. o treści następującej: „Waga: 40”,
- 6) w zakresie zarzutu nr 1 – zmianę specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”) poprzez nadanie rozdziałowi nr 29 następującej treści:

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający kierował się będzie następującymi kryteriami i ich wagami:

1) **Cena (C) – 60%**

2) **Zaświadczenia o uzyskaniu licencji gotowego posiłku (L) -40%**

Oferty będą oceniane według ww. kryteriów, w następujący sposób:

Oferty będą oceniane w odniesieniu do najkorzystniejszych danych przedstawionych przez Wykonawców odpowiednio w zakresie kryterium, w następujący sposób:

- 7) Kryterium **cena – 60%**: Oferta z najniższą ceną brutto otrzyma maksymalną ilość punktów, a pozostałym ofertom zostanie przypisana odpowiednio mniejsza liczba punktów, zgodnie ze wzorem:

$$C = \left(\frac{\text{Oferta o najniższej cenie brutto}}{\text{Cena brutto oferty badanej}} \times 100 \text{ pkt} \right) \times \text{waga kryterium tj. 60 \%}$$

gdzie: C - wartość punktowa badanej oferty

- 8) **Kryterium (L) posiadanie licencji gotowego posiłku – 40%**

Ocena jakości dotyczyć będzie posiadania przez Wykonawcę: zaświadczenia wydanego od roku 2019 wzwyż przez akredytowane laboratorium żywnościowe o uzyskaniu licencji gotowego posiłku, potwierdzającego jakość gotowego wyrobu przygotowanego w ramach danej diety szpitalnej (1 dieta= 1 zaświadczenie). Punkty zostaną przyznane według posiadanej liczby zaświadczeń wg. zasady:

- 8 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 40 pkt
- 6 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 20 pkt
- 3 zaświadczenia dotyczące różnych diet -10 pkt
- mniej niż 3 zaświadczenia - 0 pkt

Ocena na podstawie dołączonych do oferty zaświadczeń wydanych przez akredytowane laboratorium żywnościowe.

Licencja gotowego posiłku jest potwierdzeniem jakości całodziennego zestawu żywieniowego.

W ramach danej diety szpitalnej (w próbce z całego zestawu żywieniowego) stwierdza się zgodność badanych parametrów z wartościami deklarowanymi w przygotowanym jadłospisie.

Wartości odżywcze i energetyczne badane są zgodnie z określonymi normami, metodami oraz rozporządzeniami m.in. **wartość energetyczna** zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 roku, **węglowodany** zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 roku, **białka** zgodnie z PB-116 wyd. III z dn. 11.08.2020, **tłuszcze** zgodnie z normą PN-A-82100:1985.

Na podstawie badanych parametrów akredytowane laboratorium stwierdza, czy dana firma przeszła pomyślnie proces weryfikacji jakości posiłków, czyli czy badany zestaw żywieniowy potwierdza, że został przygotowany zgodnie z deklarowaną recepturą i wartościami odżywczymi i energetycznymi.,

- 9) w zakresie zarzutu nr 2 – zmianę ogłoszenia w jego pkt. 7.4. przez dodanie, iż zmiany treści umowy mogą nastąpić także w przypadku zmiany:
- a) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
 - b) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. Poz. 1342),
- 10) w zakresie zarzutu nr 2 – zmianę SWZ w jego załączniku nr 12 poprzez zmianę § 2 w jego ust. 8 przez dodanie:
- a) litery c) o treści następującej: *zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,*
 - b) litery d) o treści następującej: *zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. Poz. 1342),*
- 11) w zakresie zarzutu nr 2 – zmianę SWZ w jego załączniku nr 12 poprzez zmianę § 2 w jego ust. 8 przez:
- a) dodanie pkt 4a o treści: *W przypadku zmiany, o której mowa w pkt 1) lit. c) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie w związku ze zmianą zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych, wynikających z tych zmian.,*
 - b) dodanie pkt 4b o treści: *W przypadku zmiany, o której mowa w pkt 1) lit. d) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie lub wpłat do pracowniczych planów kapitałowych w związku ze zmianą zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. Poz. 1342), z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych, wynikających z tych zmian.,*
 - c) zmianę pkt 5 przez nadanie mu następującej treści: *Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w pkt 1) lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust. 1 litera b), c) i d).,*
- 12) w zakresie zarzutu nr 3 – zmiany SWZ w załączniku nr 12 w jego § 10 przez usunięcie ust. 2,
- 13) w zakresie zarzutu nr 4 – zmiany SWZ w załączniku nr 12 w jego § 10 przez usunięcie ust. 3,
- 14) w zakresie zarzutu nr 5 – zmiany SWZ w załączniku nr 12 w jego § 10 ust. 7 przez zmniejszenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, z 25% do 10%,

- 15) w zakresie zarzutu nr 6 – zmiany SWZ w załączniku nr 12 w jego § 11 przez dodanie ust. 4 o treści: *Wykonawca ma prawo do rozwiązania umowy z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia w drodze pisemnej pod rygorem nieważności.*
- 16) w zakresie zarzutu nr 7 – zmiany ogłoszenia o zamówieniu w jego pkt. 5.4.4.) warunek I przez nadanie mu następującej treści: *dysponuje potencjałem własnym (z podaniem podstawy dysponowania) lub będzie dysponował potencjałem podmiotów udostępniających zasoby w zakresie następującego zaplecza technologicznego, tj.: obiekt, w którym Wykonawca będzie awaryjnie realizował przedmiot zamówienia zawiera niezbędne pomieszczenia, wyposażenie i sprzęt pozwalający na przygotowanie minimum 180-195 posiłków całodobowych codziennie, zlokalizowanym w odległości gwarantującej dowiezienie posiłków w odpowiednim czasie,*
- 17) w zakresie zarzutu nr 7 – zmiany SWZ w jej rozdziale nr 12, pkt 12.2.4.1. przez nadanie mu następującej treści: *dysponuje potencjałem własnym (z podaniem podstawy dysponowania) lub będzie dysponował potencjałem podmiotów udostępniających zasoby w zakresie następującego zaplecza technologicznego, tj.: obiekt, w którym Wykonawca będzie awaryjnie realizował przedmiot zamówienia zawiera niezbędne pomieszczenia, wyposażenie i sprzęt pozwalający na przygotowanie minimum 180-195 posiłków całodobowych codziennie, zlokalizowanym w odległości gwarantującej dowiezienie posiłków w odpowiednim czasie.*

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

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 3 listopada 2021 r.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie żywienia pacjentów i dystrybucji posiłków w SP ZOZ w Radziejowie w okresie 24 miesięcy., a w tym: przygotowanie posiłków całodobowych w ilości około 145 000/ w okresie 24 miesięcy, na bazie dzierzawionych pomieszczeń kuchni, sprzętu Zamawiającego oraz urządzeń i sprzętu, który zabezpiecza Wykonawca dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Radziejowie, z uwzględnieniem wymogów Zamawiającego oraz zaleceń ustalonych przez między innymi Instytut Żywności i Żywienia w Warszawie, opublikowanym w monografii Podstawy naukowe żywienia w szpitalach oraz znowelizowanym w 2012 r. polskim normom żywienia (Normy żywienia człowieka. Podstawy prewencji otyłości i chorób niezakaźnych) z uwzględnieniem wprowadzonych zmian w okresie obowiązywania umowy oraz tradycyjnej kuchni polskiej stosowanej w okolicach świąt m.in. Bożego Narodzenia, Wielkanocy itp.; jadłospisy w systemie dekadowym ustalane będą przez dietetyka Wykonawcy, zatwierdzane przez dietetyka Zamawiającego i przekazywane na co najmniej 5 dni roboczych przed rozpoczęciem obowiązywania.

Poniżej Odwołujący podaje szczegółowe powody, dla których zarzuty odwołania znajdują uzasadnienie.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zamawiający ustanowił w postępowaniu tylko jedno kryterium oceny ofert: cenę o wadze 100%.

Zgodnie z art. 246 Pzp:

- 1. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.*
- 2. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, 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 jako SPZOZ jest jednostką sektora finansów publicznych. W konsekwencji, zobowiązany jest do stosowania kryteriów pozacenowych o wadze co najmniej 40%, chyba że 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. Zamawiający nie wskazał norm jakościowych dla produktów spożywczych, z których mają być sporządzane posiłki.

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie określił wymagań jakościowych odnoszących się co najmniej do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Brak podstawowych ram jakościowych, w których ma poruszać się wykonawca.

Zamawiający nie wskazał także jakie produkty są przeciwwskazane podczas sporządzania posiłków np. czy zabrania używania: puree ziemniaczanego, jajek w proszku, galarety wieprzowej, koncentratów białkowych, miodu sztucznego, produktów seropodobnych, mięsa oddzielanego mechanicznie (MOM), mortadeli, mielonki oraz konserw mięsnych, glutaminianu sodu i innych niedozwolonych wzmacniaczy smaku.

Ponadto Zamawiający nie określił jakiej kaloryczności, jakości oraz urozmaicenia wymaga podczas sporządzania jadłospisów i przygotowywania posiłków. Zamawiający nie określił szczegółowych wymagań odnośnie planowania jadłospisów, a także nie wskazał oczekiwań dotyczących jakości stosowanych produktów w tym:

- klasy wagowej jajek,
- zawartości % tłuszczu w mleku i nabiale,
- wymogu jakościowego co do zawartości % mięsa w wędlinach, parówkach itp.
- czy dopuszcza takie produkty takie jak: parówki, pasztety, podroby, a jeśli tak to jaka może być częstotliwość ich podawania.

- jakości zup (np. różnorodność, zawartość w proporcji min 35% warzyw, dodatkiem : ryż, kasza, grysik, makaron, itp., sposobu przygotowania zup np. na bazie wywarów warzywnych lub mięsnych)
- jakości ryb ryby (świeże, mrożone, czy dopuszcza do stosowania ryby pangii oraz ryb w postaci paluszków rybnych)
- jakości masła (czy dopuszcza się produkty masłopodobne)
- klasy jakościowej owoców i warzyw itp.

W konsekwencji, to nie opis przedmiotu zamówienia w tym konkretnym przypadku dyktuje jakość, lecz będzie ją dyktowało doświadczenie wykonawcy. 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 użytkowi 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 (lub więcej) dodatkowego pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40%, zgodnie z art. 246 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust 1 pkt 1 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zamawiający w załączniku nr 12 do SWZ – projektowanych postanowieniach umowy, w § 2 zawarł następujące postanowienie:

8. Klauzula waloryzacyjna.

1) Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia którejkolwiek ze zmian:

a) stawki podatku od towarów i usług,

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

2) Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w pkt 1).

3) W wypadku zmiany, o której mowa w pkt. 1) lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

4) W przypadku zmiany, o której mowa w pkt 1) lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmienionego minimalnego wynagrodzenia albo do wysokości zmienionej minimalnej stawki godzinowej, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych, wynikających z tych zmian.

5) Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w pkt 1) lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust. 1 litera b).

Zgodnie zaś z pkt. 4.2.2) ogłoszenia o zamówieniu, zamówienie zostanie udzielone na okres 24 miesięcy.

W myśl art. 436 pkt 4 Pzp, Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

[...]

4) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy:

a) wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5,

b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342)

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W klauzuli waloryzacyjnej ustanowionej przez Zamawiającego (której rozszerzenie treści znajduje się w § 12) nie przewidziano zmian wynagrodzenia z powodu zmiany:

- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. Poz. 1342).

W konsekwencji, skoro zamówienia udziela się na okres dłuższy niż 12 miesięcy, SWZ powinien koniecznie zawierać postanowienia w tym przedmiocie, zaś ich brak stanowi o naruszeniu Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

W załączniku nr 12 do SWZ, § 10 zawiera następujące postanowienie:

2. W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia kar umownych w wysokości 20% wartości brutto umowy.

Wskazać w kontekście powyższego należy, że takie postanowienie jest niedozwolone w myśl art. 433 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

[...]

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

Powyższa kara umowna całkowicie abstrahuje od przedmiotu umowy, a także od jej prawidłowego wykonania. Przedmiotem umowy jest bowiem wykonanie usługi gastronomicznej, a przyczyny leżące po stronie wykonawcy zostały ujęte abstrakcyjnie, bez wskazania jakiegokolwiek powiązania z aspektami typowymi dla tego typu usług. Przyczyny leżące po stronie wykonawcy, które są powodem rozwiązania umowy, to zdarzenia niezależne od jego winy, ukształtowane w umowie niejako na kształt odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Takie zastrzeżenie może być ocenione jako dopuszczalne w świetle art. 471 i nast. Kc, jednakże nie w świetle Pzp. Takie postanowienie nakłada bowiem zbyt duże ryzyko prawne i ekonomiczne realizacji zamówienia przez wykonawcę, na skutek czego przyczynia się do ograniczenia konkurencji i ostatecznie zniweczenia celów regulacji systemu zamówień publicznych. Jedną z takich przyczyn może być chociażby siła wyższa, która w sytuacji ogłoszenia w Polsce stanu epidemii, spowodowanego pandemią COVID-19, występuje w obrocie gospodarczym i ma wpływ na wzajemne zobowiązania kontrahentów. Takie postanowienie nie pozwala zaś wykonawcy na zwolnienie się od odpowiedzialności z powodu braku winy, co jest dopuszczalne w świetle przepisu art. 483 Kc. Ponadto, takie postanowienie abstrahuje od prawidłowego wykonania zamówienia, gdyż implikuje ono karę umowną jako konsekwencję rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, nie zaś jako konsekwencję nieprawidłowego wykonania umowy.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

W załączniku nr 12 do SWZ, § 10 zawiera następujące postanowienie:

Jeżeli Wykonawca zaprzestanie realizacji umowy, Zamawiający uprawniony jest do naliczenia kar umownych w wysokości 30% wartości brutto umowy.

Wskazać w kontekście powyższego należy, że takie postanowienie jest niedozwolone w myśl art. 433 pkt 2 i 3 Pzp, zgodnie z którymi *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

[...]

- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem,
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Zastrzeżona kara umowna abstrahuje od przedmiotu umowy. Przedmiotem umowy jest bowiem wykonanie usługi gastronomicznej, a przyczyny leżące po stronie wykonawcy zostały ujęte abstrakcyjnie, bez wskazania jakiegokolwiek powiązania z aspektami typowymi dla tego typu usług. Kara ta abstrahuje także od prawidłowego wykonania umowy. Zaprzestanie realizacji umowy to bowiem pojęcie nieostre, z którego nie sposób wywieść, co jest jego powodem. Zaprzestanie realizacji umowy może bowiem wynikać także z takich przyczyn jak brak współpracy ze strony zamawiającego, a ponadto ze złożenia przez wykonawcę oświadczenia o wypowiedzeniu umowy czy odstąpieniu od umowy. Chociażby w wypadku braku płatności wynagrodzenia przez zamawiającego, wykonawca jest uprawniony do skorzystania z uprawnień wskazanych w art. 491 Kc. Komentowane postanowienie umowne jest zaś na tyle ogólne, że można hipotetycznie zakwalifikować do jego zastosowania sytuację, w której wykonawca zaprzestał realizacji umowy z powodu odstąpienia od niej na podstawie art. 491 Kc. Nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej sytuacji stanowiłoby nieporozumienie. W dodatku, jak widać, w takiej sytuacji może się okazać, że kara umowna nakładana jest za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Uzasadnienie zarzutu nr 5

Zamawiający przewidział w załączniku nr 12 do SWZ w § 10 następujące postanowienie:

7. Maksymalna wysokość kar umownych w całym okresie obowiązywania umowy nie może przekroczyć 25% wartości umowy brutto, wskazanej w §2 ust. 2.

Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 10 projektowanych postanowień umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany. Relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje bowiem zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego pozwoli mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4

grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

W konsekwencji, ustanowienie maksymalnego pułapu kar umownych na poziomie 25% wartości wykonania umowy w okresie 24 miesięcy stanowi wypaczenie treści art. 436 pkt 3 Pzp, którego celem było złagodzenie sytuacji prawnej wykonawcy w umowie.

Uzasadnienie zarzutu nr 6

§ 11 projektowanych postanowień umowy zawiera katalog licznych przypadków sytuacji, w których Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy, jej rozwiązania i wypowiedzenia. Brak zaś w umowie jakichkolwiek uprawnień po stronie wykonawcy do odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia.

Powyższe narusza zasadę równowagi stron stosunku cywilnoprawnego, świadczy o niesymetrycznym kreowaniu uprawnień stron, nadużyciu dominującej roli Zamawiającego, a ostatecznie skutkuje dyskryminacją wykonawcy.

Zgodnie z art. 431 Pzp, strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego są zobowiązane współdziałać przy jej wykonaniu. Oznacza to, że umowa w sprawie wykonania zamówienia publicznego nie powinna być jedynie listą obowiązków wykonawcy i sankcji za ich niewypełnienie, lecz powinna także przewidywać na rzecz wykonawcy choćby minimalne uprawnienia, w stopniu co najmniej adekwatnym do uprawnień zamawiającego.

Uzasadnienie zarzutu nr 7

Zamawiający zastrzegł warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o treści następującej:

O zamówienie może ubiegać się Wykonawca, który:

12.2.4.1 dysponuje potencjałem własnym (z podaniem podstawy dysponowania) lub będzie dysponował potencjałem podmiotów udostępniających zasoby w zakresie następującego zaplecza technologicznego, tj.: obiekt, w którym Wykonawca będzie awaryjnie realizował przedmiot zamówienia zawiera niezbędne pomieszczenia, wyposażenie i sprzęt pozwalający na przygotowanie minimum 180-195 posiłków całodobowych codziennie, zlokalizowanym w odległości nie większej niż 60 km od siedziby Zamawiającego.

Odwołujący kwestionuje zgodność powyższego warunku z Pzp w zakresie, w jakim wskazano w nim na wymóg umiejscowienia owego obiektu awaryjnego, z którego może być wykonywane zamówienie, w odległości nie większej niż 60 km od siedziby Zamawiającego.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp, *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.* Przedmiotowy warunek nie spełnia powyższych kryteriów, przede wszystkim dlatego, że jest nieproporcjonalny i abstrahuje od zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający najwyraźniej wyszedł z założenia, że jeśli kuchnia zastępcza wykonawcy położona jest dalej niż 60 km od jego siedziby, to dostarczany z niej catering nie może sprostać wymogom umowy, między innymi w zakresie temperatury. Założenie to jest błędne, gdyż przy obecnych osiągnięciach technologicznych jest możliwe dostarczanie posiłków i napojów w odpowiedniej temperaturze – tj. odpowiednio ciepłych i odpowiednio zimnych, zależnie od rodzaju – nawet przy transporcie ich na dużo większą odległość aniżeli 60 km. Wymóg ten jest zatem nieproporcjonalny; byłby proporcjonalny, gdyby warunek był skonstruowany w ten sposób, że Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, którego zakład, wskazany w ofercie, jest zlokalizowany tak bardzo odległe, że w świetle okoliczności jasne jest, iż jego wykorzystanie do realizacji umowy będzie się koniecznie wiązać z nienależytym jej wykonaniem. Należy wskazać też na fakt, że kryterium to jest dyskryminujące z uwagi na położenie Radziejowa w znacznej odległości od dużych miast, w których zwykle prowadzi się działalność na skalę wystarczającą do pokrycia zapotrzebowania zgłoszonego przez Zamawiającego. Tytułem przykładu, 74 km od tej miejscowości oddalona jest Bydgoszcz, o 145 km oddalony jest Poznań, zaś o 147 km – Łódź. Wykonawcy posiadający zakłady w tych miejscowościach, a nieposiadający kuchni zastępczej bliżej siedziby Zamawiającego są zatem wykluczeni z możliwości złożenia skutecznej oferty. W konsekwencji, takie skonstruowanie warunku faworyzuje wykonawców prowadzących swoją działalność w pobliżu Radziejowa, co jest sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców.

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.