

Łódź, dnia 9 listopada 2022 roku

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

Zamawiający: Szpital Ogólny w Kolnie
Wojska Polskiego 69, 18-500 Kolno
KRS: 0000059112
tel. +48 86 273 93 30
e-mail: zp@szpitalkolno.pl
www.szpitalkolno.pl

Odwołujący: CATERMED spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością
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 – Magdalena Kolińska
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania w trybie podstawowym na usługi społeczne o wartości za mówienia poniżej progów unijnych pn. „Świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 4 listopada 2022 roku pod numerem: 2022/BZP 00423726, numer referencyjny: Sz.O./ZP/21/2022.

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 2022 r. poz. 1710 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 jakościowego kryterium oceny ofert;
 2. projektowane postanowienie umowy.
- II. **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:
 1. **art. 240 ust. 2 P.z.p. w zw. z art. 242 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 2 P.z.p. w zw. art. 16 pkt 1 P.z.p** poprzez:
 - a. określenie kryterium jakości o wartości 20% w postaci „Doświadczenie zawodowe Dietetyka wyznaczonego do realizacji zamówienia”,
 - b. określenie kryterium jakości o wartości 20% w postaci „Doświadczenie zawodowe Szefa kuchni wyznaczonego do realizacji zamówienia”,podczas gdy:
 - Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji doświadczenia Dietetyka oraz Szefa kuchni, a więc tak określone kryteria stanowią jedynie nieweryfikowalną deklarację, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert;
 2. **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 § 24 projektowanych postanowień umowy prawa do wypowiedzenia i rozwiązania umowy jedynie po stronie Zamawiającego, bez zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę w zakresie co najmniej równym jak Zamawiający, co stanowi o nadużyciu pozycji dominującej Zamawiającego.

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

1. odnośnie zarzutu nr 1 zmiany:

a. ogłoszenia o zamówieniu – w zakresie ust. 4.3.1.) Sposób oceny ofert poprzez usunięcie kryteriów „Doświadczenie zawodowe Szefa kuchni” oraz „Doświadczenie zawodowe Dietetyka” i zastąpienie ich kryteriami odpowiednio:

- Doświadczenie zawodowe Szefa kuchni, które jest weryfikowalne za pomocą referencji wystawionych przez Szpitale lub umowę o pracę, w których Szef kuchni zdobył doświadczenie.”,
- Doświadczenie zawodowe Dietetyka, które jest weryfikowalne za pomocą referencji wystawionych przez Szpitale lub umowę o pracę, w których dietetyk zdobył doświadczenie.

b. Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie **ust. 11 Kryteria i sposób oceny oferty** poprzez:

- wykreślenie kryterium „Doświadczenie zawodowe Szefa kuchni” i zastąpienie go kryterium:

„Doświadczenie zawodowe Szefa kuchni, pracującego w placówkach medycznych, potwierdzone referencjami ze Szpitala lub umową o pracę.

- Osobę, która będzie pełniła funkcje Szefa kuchni, posiadającą co najmniej dwuletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Szefa kuchni lub jego Zastępcy – otrzyma 7 pkt,
- Osobę, która będzie pełniła funkcje Szefa kuchni, posiadającą co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Szefa kuchni lub jego Zastępcy – otrzyma 14 pkt
- Osobę, która będzie pełniła funkcje Szefa kuchni, posiadającą co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Szefa kuchni lub jego Zastępcy – otrzyma 20 pkt.

Doświadczenie musi zostać potwierdzone referencjami wystawionymi przez Szpitale, w których szef kuchni zdobył doświadczenia lub zaanimowanymi umowami o pracę

- wykreślenie kryterium „Doświadczenie zawodowe Dietetyka”: i zastąpienie go kryterium:

„Doświadczenie zawodowe Dietetyka pracującego w placówkach medycznych, potwierdzone referencjami ze Szpitala lub umową o pracę.”

- Osobę, która będzie pełniła funkcje Dietetyka, posiadającą co najmniej dwuletnie do świadczenie zawodowe na stanowisku dietetyka w zakresie świadczenia usługi całodziennego żywienia zbiorowego – otrzyma 7 pkt.
- Osobę, która będzie pełniła funkcje Dietetyka, posiadającą co najmniej trzyletnie do[1]świadczenie zawodowe na stanowisku dietetyka w zakresie świadczenia usługi cał[1]dziennego żywienia zbiorowego – otrzyma 14 pkt.
- Osobę, która będzie pełniła funkcje Dietetyka, posiadającą co najmniej pięcioletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku dietetyka w zakresie świadczenia usługi całodziennego żywienia zbiorowego – otrzyma 20 pkt.

Doświadczenie musi zostać potwierdzone referencjami wystawionymi przez Szpitale, w których dietetyk zdobył doświadczenia lub zaanimowanymi umowami o pracę.

2. odnośnie zarzutu nr 2 zmiany:

- § 24 załącznika nr 10 do SWZ poprzez wprowadzenie kolejnego ust. o następującym brzmieniu: *"Strony mają prawo wypowiedzieć umowę, na podstawie pisemnego oświadczenia, z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego."*

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 4 listopada 2022 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie”.

Zamówienie ma być udzielone na okres 24 miesięcy.

Uzasadnienie zarzutu 1

Kryteria „Doświadczenie zawodowe Szefa Kuchni” oraz „Doświadczenie zawodowe Dietetyka” nie uwzględniają możliwości weryfikacji doświadczenia szefa kuchni i dietetyka. Tak określone kryteria są niejasne i nie da się ich obiektywnie zweryfikować jeszcze przed przyznaniem jej stosownej liczby punktów. Ponadto, sposób oceny ofert w zakresie kryteriów „Doświadczenie zawodowe Szefa Kuchni” oraz „Doświadczenie zawodowe Dietetyka” nie przewidują żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie w tym przedmiocie. Jak wynika SWZ, Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone w Formularzu oferty.

Zgodnie z art. 240 ust. Pzp *Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, których spełnienie przez ofertę wykonawcy da się obiektywnie zweryfikować jeszcze przed przyznaniem jej stosownej liczby punktów.*

Zamawiający tworząc kryteria oceny ofert, musi kierować się zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. 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. Zamawiający nie może, opierać się na nieweryfikowalnych deklaracjach zawartych w ofertach. Chodzi nie tylko o to, że zamawiający powinien powziąć przekonanie o tym, że zamówienie zostanie wykonane należycie i zgodnie z potrzebami zamawiającego, ale również zapobiegnie ewentualnym patologiom polegającym na tym, iż najdalej idące deklaracje mogą składać firmy niewiarygodne, niemające zamiaru dochować przyjętych zobowiązań.

Opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, Zamawiający 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. 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.

Ponadto sam Urząd zamówień Publicznych wskazuje, iż:

„Stosowanie kryteriów weryfikowalnych: Kryteria oceny ofert powinny umożliwiać sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców (art. 91 ust. 2d ustawy Pzp). Zamawiający nie powinien, o ile to możliwe, opierać się na nieweryfikowalnych deklaracjach zawartych w ofertach. Chodzi nie tylko o to, że zamawiający powinien powziąć przekonanie o tym, że zamówienie zostanie wykonane należycie i zgodnie z potrzebami zamawiającego, ale również zapobiegnie ewentualnym patologiom polegającym na tym, iż najdalej idące deklaracje mogą składać firmy niewiarygodne, niemające zamiaru dochować przyjętych zobowiązań. Dlatego zamawiający powinien wymagać od wykonawców wykazania, iż oferowane parametry zamówienia zostaną dochowane oraz przewidywać sankcje umowne na wypadek ich niedochowania.
(źródło: [Pozacenowe-kryteria-oceny-ofert.pdf \(uzp.gov.pl\)](#))

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastrzeżone kryterium „Doświadczenie zawodowe magistra dietetyki wyznaczonego do realizacji zamówienia” jest nieweryfikowalne.

Uzasadnienie zarzutu 2

W § 24 załącznika nr 10 do SWZ - projektowanych postanowień umowy zawarto katalog licznych przypadków sytuacji, w których Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy. Brak zaś w umowie tożsamy choćby podobnych uprawnień po stronie wykonawcy do odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia.

Powyższe według Odwołującego 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.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w *petitum* odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.