

Łódź, dnia 7 lutego 2023 roku

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

Zamawiający: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Opolu**
KRS: 0000039436, NIP: 7541091489
ul. Krakowska 44, 45-075 Opole
tel: 77 401 11 00; fax 77 401 11 21
e-mail: sekretariat@spzozmswia.opole.pl
www.spzozmswia.opole.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
reprezentowany przez pracownika – Ludwikę Mospinek
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. "Usługa Cateringu - żywienie pacjentów SP ZOZ MSWiA w Opolu" ogłoszonego w dniu 2 lutego 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00077589/01 , nr referencyjny: Zp-2/2023.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED sp. z o.o.. – na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp.”):

I. wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert oraz na projektowane postanowienia umowy.

II. zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp. w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. 266 Pzp** poprzez określenie w XV rozdziale "OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT" Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) kryteriów Doświadczenie - 20% oraz Kryterium Jakość - 20 % – na podstawie deklaracji Wykonawcy w Formularzu podczas gdy:
 - a. Zamawiający określił sposób weryfikacji tych kryteriów - jako stanowiące obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert a kryteria te są całkowicie nieweryfikowalne;
2. **art. 433 pkt 4 P.z.p. poprzez** brak określenia w projektowanych postanowieniach umowy klauzuli przewidującej po stronie Zamawiającego prawa do ograniczenia zakresu zamówienia ze wskazaniem minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;

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

1. **w zakresie zarzutu nr 1** - określenie sposobu weryfikacji kryteriów Doświadczenie - 20 % oraz Jakość - 20 % w sposób umożliwiający właściwe porównanie ofert, co spowoduje, że kryteria te będą weryfikowalne proponujemy następującą zmianę ust. 3 i 4 rozdziału XV SWZ:

"3. Kryterium „Doświadczenie” będzie rozpatrywane na podstawie podanych w formularzu oferty przez Wykonawcę ilości usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, powyżej dwóch usług(które są wymagana na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zgodnie z rozdziałem VII SWZ, punkt 2. 4) polegających na całodziennym, kompleksowym, zbiorowym żywieniu pacjentów podmiotu leczniczego wykonującego świadczenia szpitalne o ilości łóżek min. 75 i o wartości brutto co najmniej 320.000,00 zł rocznie (przy usłudze nie zakończonej wartość usługi Zamawiający będzie uznawał usługi wykonane w wymaganej wartości do dnia składania ofert).

Przy ocenie w kryterium „Doświadczenie” będzie stosowana następująca punktacja:

Ilość usług	Punktacja
2	0 pkt.
3	5 pkt.
4-6	15 pkt
Powyżej 7	20 pkt.

**Na poświadczenie powyższego kryterium do oferty należy dołączyć wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi w/w wymóg,
Brak referencji w ofercie powyżej 2 wymaganych na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej – 0 pkt**

4 Kryterium „Jakość” - posiadanie certyfikatu jakości ISO 9001 wydanego przez jednostkę certyfikującą bądź równoważną

Sposób oceny:

- *Posiadanie i dołączenie do oferty certyfikatu ISO 9001 w zakresie żywienia zbiorowego wystawionego przez akredytowaną jednostkę – 20 pkt*
- *Brak certyfikatu ISO 9001 w ofercie – 0 pkt*

- 2. w zakresie zarzutu nr 2 – zmiany § 12 Załącznika nr 8 do SWZ – Projektowane postanowienia Umowy poprzez dodanie ust. 13 o następującym brzmieniu: „Częściowe zmniejszenie zakresu usług określone w ust. 12 oraz 13 powyżej nie może przekroczyć 80 % całkowitej wartości umowy brutto określonej w § 12 ust. 1.”**

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 1 grudnia 2022 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. "OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY ORAZ WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY", ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 grudnia 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00471431, numer referencyjny: TP-16.2022.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

W ust. 1 rozdziału XV "OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT" SWZ Zamawiający wskazał następujące kryteria ofert: Kryterium Cena brutto (C) - 60 %, Kryterium Doświadczenie (D) - 20 % oraz Kryterium Jakość (J) - 20%.

Jak wynika z SWZ punktacja w Kryterium Doświadczenie (D) - 20 % oraz Kryterium Jakość (J) - 20 % przyznawana będzie na podstawie danych podanych przez Wykonawcę w formularzu oferty.

"3. Kryterium „Doświadczenie” będzie rozpatrywane na podstawie podanych w formularzu oferty przez Wykonawcę ilości usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywaniem, w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, co najmniej dwóch usług polegających na całodziennym, kompleksowym, zbiorowym żywieniu pacjentów

podmiotu leczniczego wykonującego świadczenia szpitalne o ilości łóżek min. 75 i o wartości brutto co najmniej 320.000,00 zł rocznie (przy usłudze nie zakończonych wartości usługi Zamawiający będzie uznawał usługi wykonane w wymaganej wartości do dnia składania ofert).

Przy ocenie w kryterium „Doświadczenie” będzie stosowana następująca punktacja:

<i>Ilość usług</i>	<i>Punktacja</i>
2	5 pkt.
3 -5	15 pkt.
6-10 i powyżej	20 pkt

Natomiast w ramach Kryterium „Jakość” - posiadanie certyfikatu jakości ISO 9001 wydanego przez jednostkę certyfikującą bądź równoważną lub rekomendacji/opinii poświadczającej jakość Zamawiający przyjął następujący sposób oceny:

- posiadanie certyfikatu jakości -15 pkt
- posiadanie rekomendacji/ opinii – 5 pkt
- brak certyfikatu jakości – 0 pkt

W zakresie obu w/w podkryteriów, Zamawiający nie przewidział sposobu weryfikacji oświadczeń, składanych na potwierdzenie ich spełnienia.

Zgodnie z art. 240 ust. 2 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.

Odwołujący wskazuje, że art. 240 ust. 2 Pzp dotyczy trzech różnych gwarancji, które powinna zawierać dokumentacja zamówienia (koniunkcja poprzez sformułowanie „oraz” i „i”):

1. Kryteria oceny ofert nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. **Kryteria te muszą być weryfikowalne,**
3. Kryteria te muszą umożliwiać porównanie ofert.

Zgodnie z zasadą racjonalnego ustawodawcy – należy stosować regułę wykładni, zgodnie z którą nie wolno interpretować przepisu z pominięciem jego części jako nieistotnej. A zatem kryteria oceny ofert i ich opis muszą umożliwiać i weryfikację i porównanie zaoferowanego poziomu świadczenia. Są to dwa odrębne wymagania ustawodawcy.

Odwołujący nie twierdzi przy tym, aby deklaracje dotyczące przyszłego świadczenia nie mogły stanowić kryterium oceny ofert. Art. 242 ust. 2 Pzp wprost wskazuje na przykładowe kryteria odnoszące się do przyszłej realizacji: serwis posprzedażny, pomoc techniczna, warunki dostawy takie jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okres realizacji. Jednak przepis ten trzeba czytać łącznie z art. 240 ust. 2 Pzp zawierającym trzy naczelną zasady kształtowania i opisu kryteriów oceny ofert. Właściwa łączna interpretacja art. 240 ust. 2 Pzp i art. 242 ust. 2 Pzp pokazuje, że kryteria oceny ofert

mogą dotyczyć wykonania zamówienia w przyszłości, z tym że zamawiający ma zapewnić weryfikowalność deklaracji ofertowych wykonawców co do poziomu tego wykonania na etapie oceny ofert, przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Celem kryteriów jest bowiem właściwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Należy wyjaśnić, że podobnie jest w przypadku badania rażąco niskiej ceny w ofercie (art. 224 Pzp) – cena również jest kryterium, którego istotę stanowi zobowiązanie na przyszłość. Nie stoi to jednak na przeszkodzie, aby weryfikować cenę – to jest możliwość wykonania zamówienia za tę cenę bez straty – przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nierównym traktowaniem wykonawców jest także skonstruowanie dokumentacji przetargowej, że wykonawcom przyznawane są punkty za zadeklarowany poziom świadczenia, w sytuacji gdy zamawiający nie przewidział możliwości weryfikacji, czy taki poziom świadczenia faktycznie dotyczy usług realizowanych przez tych wykonawców.

Przyznawanie punktów tylko na podstawie nieweryfikowalnej deklaracji powoduje zaburzenie procesu przyznawania punktów, a jednocześnie czyni niemożliwym wybór oferty faktycznie najkorzystniejszej.

Potwierdzają to jednoznaczne wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie (z 18 grudnia 2020 r. XXIII Ga 1350/20 oraz z 23 czerwca 2021 r., sygn. XXIII Zs 35/21): Podzielając powyższe poglądy sąd okręgowy stoi na kategoriycznym stanowisku, wyrażonym już z resztą w wyroku wydanym przez tut. sąd w innym składzie, iż obowiązkiem zamawiającego jest także określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie. 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 (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).

Stosowanie nieweryfikowalnych kryteriów jakościowych niesie zaś dwa negatywne skutki:

1) kryteria jakościowe pozostają bez wpływu na wynik postępowania: każdy wykonawca może zaoferować najwyższy poziom świadczenia celem uzyskania najwyższej liczby punktów, bo nie podlega to weryfikacji – co powoduje, że wykonawcy w postępowaniu konkurują jedynie ceną. Tak w przypadku kryteriów;

2) wynik postępowania jest zaburzony – dopuszcza się możliwość, że wykonawca, który nie osiąga zadeklarowanego poziomu świadczenia otrzyma maksymalną liczbę punktów i uzyska zamówienie publiczne, choć w rzeczywistości jego oferta nie jest najkorzystniejsza (gdyby deklaracja została zweryfikowana wykonawca nie otrzymałby maksymalnej liczby punktów).

Podkreślić należy, że art. 240 ust. 2 Pzp dotyczy konkretnie postępowania o udzielenie zamówienia. Porównywalność i weryfikowalność zadeklarowanego poziomu świadczenia ma być zapewniona na etapie badania i oceny ofert. Niemożliwe jest uznawanie, że „weryfikacja deklaracji” będzie dokonywać się na etapie realizacji zamówienia wobec już wybranego wykonawcy.

Przepisy art. 240 ust. 2 Pzp i 242 ust. 2 Pzp nie dotyczą etapu realizacji zamówienia. Wskazuje na to wprost wykładnia systemowa ustawy. Etapu realizacji zamówienia dotyczą bowiem unormowania zupełnie innego działu (w dyrektywie odpowiednio tytuł II, rozdział III, art. 40-69, podczas gdy przepisy dotyczące realizacji zamówienia to tytuł II, rozdział IV, art. 70-73; w ustawie Pzp zaś przepisy dotyczące udzielania zamówień to dział II, art. 83-265, zaś przepisy dotyczące realizacji umowy to dział VII, art. 431-465). **W konsekwencji, rozumowanie w ten sposób, że weryfikacja deklaracji ofertowych, o której mowa w art. 240 ust. 2 Pzp może nie występować na etapie badania i oceny ofert, a może występować dopiero na etapie realizacji umowy przez wybranego wykonawcę, stanowi o naruszeniu reguł wykładni systemowej, niezależnie od tego, że jest niezgodne z nadrzędnym celem ustawy: wybór oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Weryfikacja deklaracji, za które przyznawane są punkty musi odbywać się wobec wszystkich wykonawców na etapie oceny ofert.**

Zupełnie czymś innym jest weryfikacja deklaracji ofertowych na etapie realizacji zamówienia przez stronę tej umowy, podlegająca reżimowi prawa prywatnego, cywilnego. Dłużnik ma obowiązek wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią, a wierzyciel odebrać spełnione świadczenie. Kary umowne, czy odpowiedzialność odszkodowawcza dotyczą wyłącznie stron stosunku zobowiązaniowego powstałego na skutek zawarcia umowy. Nie ma to już znaczenia dla pozostałych wykonawców, procesu przyznawania punktów i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Co więcej, 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 związku z powyższym proponujemy weryfikację wyżej opisanych kryteriów tak jak w petitum.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W § 2 ust. 2 załącznika nr 8 do SWZ - projektu Umowy Zamawiający zastrzegł:

"Wykonawcy należy się wynagrodzenie tylko i wyłącznie za posiłki faktycznie dostarczone Kupującemu."

Zgodnie natomiast 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.

Mając na względzie powyższe Zamawiający naruszył treść art. 433 pkt 4 Pzp, nie wskazując minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Wykonawcy o jakie może Zamawiający ograniczyć zamówienie w trakcie jego wykonywania. W.w. zapis umowy bez wskazania minimalnej wielkości świadczenia Wykonawcy pozwala Zamawiającemu na nadmierne ograniczenie ilości zamówionych posiłków, co narusza w.w. przepis Pzp.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

1. aktualny wydruk informacji z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo;
3. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
4. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
5. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu;