

Łódź, dnia 27 listopada 2020 roku

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

Zamawiający: Szpital Wojewódzki im. dr. Ludwika Rydygiera
w Suwałkach
ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki
e-mail: w.uzdzilo@szpital.suwalki.pl
Tel.: +48 875629582
Faks: +48 875629595
www.szpital.suwalki.pl

Odwołujący: JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Gliwicach
ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice
KRS: 0000654522

reprezentowana przez: Ewa Grzelak
adres do korespondencji:
JOL-MARK sp. z o.o. Oddział w Łodzi
ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź
Tel. +48 426405777
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@naprzod.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 138g ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych pt. „Kompleksowa usługa żywienia pacjentów Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: S 225 554481-2020-PL w dniu 18.11.2020 r., numer sprawy: 05/USP/WU/2020.

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Odwołującego – JOL-MARK sp. z o.o. – na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t. - dalej jako „Pzp”), **wnoszę odwołanie** wobec czynności Zamawiającego:
- a) opisu przedmiotu zamówienia,
 - b) określenia kryteriów oceny ofert,
 - c) określenia warunków zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia,
 - d) postanowień projektu umowy ws. zamówienia publicznego
- dokonanych z naruszeniem Pzp.

II. Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 29 ust. 2 w zw. z art. 138m i art. 138k zd. 1 Pzp** przez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia, że wykonawca powinien dysponować kuchnią zapasową zlokalizowaną w odległości pozwalającej na dowieszenie posiłków gotowych w czasie nie przekraczającym 60 minut przez cały okres realizacji zamówienia, co prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji, gdyż faworyzuje wykonawców lokalnych,

prowadzących działalność gospodarczą w pobliżu siedziby Zamawiającego, podczas gdy wymóg ten nie jest związany ze specyfiką tego zamówienia, w szczególności nie wynika z faktu ogłoszenia stanu epidemii w Polsce, zaś ze względu na brak wskazania, czemu konkretnie ma służyć posiadanie kuchni zastępczej także po zakończeniu prac remontowych w kuchni szpitalnej wymóg ten jest także sprzeczny z zasadą proporcjonalności,

2. **art. 29 ust. 2 w zw. z art. 30b ust. 1 w zw. z art. 138m i art. 138k zd. 1 Pzp** przez wskazanie w opisie zamówienia, że wykonawca powinien w stosunku do kuchni zastępczej posiadać wdrożony i utrzymywany certyfikowany system jakości ISO 22000:2005 lub system równoważny na produkcję posiłków i usługi cateringowe, certyfikowany przez akredytowaną jednostkę zewnętrzną, podczas gdy jest to wymóg nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i przez to utrudniający uczciwą konkurencję,
3. **art. 138r ust. 3 Pzp** przez ustanowienie w postępowaniu wyłącznie cenowych kryteriów oceny ofert, podczas gdy komentowany przepis wyraźnie wymaga ustanowienia także innych kryteriów, tj. pozacenowych kryteriów oceny ofert,
4. **art. 151 ust. 2 i 3 w zw. z art. 138k zd. 1 Pzp** przez zastrzeżenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, że 30% wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia będzie zatrzymane przez Zamawiającego do upływu terminu rękojmi, podczas gdy przedmiotem zamówienia są usługi, do których okres rękojmi nie ma zastosowania, co prowadzi do naruszenia zasad proporcjonalności,
5. **art. 142 ust. 5 pkt 4 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 138m i art. 138k zd. 1 Pzp** poprzez zaniechanie określenia zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę – co oznacza, że przedmiot zamówienia został opisany niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

III. Wobec powyższego **żądam** nakazania Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1:
 - a) zmiany SIWZ poprzez:
 - 1) wykreślenie punktu 16 w rozdziale III SIWZ,
 - 2) wykreślenie punktu 12 w rozdziale VIII załącznika nr 7 SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia,
 - 3) wykreślenie § 1 ust. 15 projektu umowy ws. zamówienia publicznego,
2. w zakresie zarzutu nr 2: zmianę SIWZ poprzez:
 - 1) zmianę punktu 14 w rozdziale III SIWZ przez nadanie mu następującego brzmienia:

Kuchnia zapasowa, która będzie produkować posiłki na potrzeby pacjentów Zamawiającego musi być wpisana do Rejestru Zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej jako zakład produkujący posiłki w systemie cateringowym

- 2) zmianę punktu 10 w rozdziale VIII załącznika nr 7 SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przez nadanie mu następującej treści:

Kuchnia zapasowa, która będzie produkować posiłki na potrzeby pacjentów Zamawiającego musi być wpisana do Rejestru Zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej jako zakład produkujący posiłki w systemie cateringowym

- 3) zmianę § 1 ust. 13 projektu umowy ws. zamówienia publicznego przez nadanie mu następującej treści:

Kuchnia zapasowa, która będzie produkować posiłki na potrzeby pacjentów Zamawiającego musi

być wpisana do Rejestru Zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej jako zakład produkujący posiłki w systemie cateringowym

4) zmianę załącznika nr 14 SIWZ przez nadanie mu następującego brzmienia:

Oświadczam, iż dysponuję kuchnią zastępczą wpisaną do Rejestru Zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej jako zakład produkujący posiłki w systemie cateringowym, zlokalizowaną w wymaganej przez Zamawiającego odległości. Zobowiązuję się na każde żądanie zamawiającego do przedłożenia dokumentów potwierdzających dysponowanie kuchnią (np. umowa dzierżawy, akt własności itp.)

3. w zakresie zarzutu nr 3:

a) zmiany ogłoszenia o zamówieniu w jego pkt. III.1.4) przez zastąpienie dotychczasowych kryteriów oceny ofert następującymi kryteriami: cena (o wadze 60%) i doświadczenie (o wadze 40%),

b) zmiany rozdziału XIV SIWZ przez nadanie mu następującego brzmienia:

Zamawiający będzie oceniał każdą z ofert na podstawie następujących kryteriów:

LP	NAZWA KRYTERIUM	
1	CENA (za usługę kompleksowego żywienia pacjentów)	60%
2	Doświadczenie	40%

1/Sposób obliczania wartości punktowej kryteriów:

Kryterium nr 1 „Cena” za usługę kompleksowego żywienia pacjentów w okresie 48 m-cy) oceniane będzie jak niżej

$$X = \frac{C_{min}}{C_o} \times 60 \text{ pkt.}$$

gdzie:

X – wartość punktowa ocenianego kryterium

C_{min} – najniższa cena ze złożonych ofert

C_o – cena ocenianej oferty

Maksymalna liczba punktów 60 pkt.

2/ Kryterium nr 2” Doświadczenie”

za przedstawienie każdej usługi polegającej na całodziennym, kompleksowym, zbiorowym żywieniu pacjentów podmiotu leczniczego o wartości brutto co najmniej 1.000.000,00 zł rocznie (przy usłudze nie zakończonej wartość usługi Zamawiający będzie uznawał usługi wykonane w wymaganej wartości do dnia składania ofert)., w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana, wraz z załączeniem dowodu potwierdzającego że usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie, przy czym dowodem, o którym mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych jest wykonywana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert .

$$X = \frac{D_o}{D_{max}} \times 40 \text{ pkt.}$$

gdzie:

X – wartość punktowa ocenianego kryterium

Do – ilość usług zaoferowanych przez Wykonawcę i spełniających opisane kryteria

Do max – największa zaoferowana wśród Wykonawców ilość usług spełniających opisane kryteria

Ofertę z największą wykazaną ilością dodatkowych usług, przyznana zostanie maksymalna ilość punktów, a pozostałym ofertom zostanie przyznana proporcjonalnie mniejsza ilość punktów .

Usługi wykazane przez Wykonawcę na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie podlegają ocenie w ramach kryterium " Doświadczenie "

Maksymalna liczba punktów 40 pkt.

Ocena końcowa oferty:

Są to punkty uzyskane za kryterium wymienione w punkcie 1-2. Maksymalnie Wykonawca może uzyskać 100 pkt.

Założenie:

- 100% (waga kryterium „Cena”+ „Doświadczenie”) – oznacza, że w postępowaniu można uzyskać max. 100 pkt. w ramach wyżej wymienionego kryterium ze 100pkt.)
- Ocena końcowa danej oferty będzie sumą punktów uzyskanych przez ofertę w zakresie powyższych kryteriów. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z najwyższą liczbą punktów.
 - c) Zmiany załącznika nr 1 SIWZ – formularz ofertowy przez dostosowanie jego treści do zmiany kryteriów oceny ofert, o której mowa w lit. b) powyżej,
- 4. w zakresie zarzutu nr 4: zmiany SIWZ w pkt. 7 rozdziału XVI przez nadanie mu następującej treści:
Zamawiający zwróci 100% kwoty zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane (po ostatecznym odbiorze zamówienia potwierdzonym protokołem odbioru końcowego).
- 5. w zakresie zarzutu nr 5: zmiany SIWZ:
 - a) w § 12 ust. 2 projektu umowy ws. zamówienia publicznego – przez nadanie mu następującego brzmienia:

Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian umowy w zakresie art. 142 ust. 5 Pzp, jeśli zmianie ulegną:

- 1) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wprowadzonej odpowiednim aktem prawnym – zmianie ulegnie wyłącznie kwota VAT w stopniu wynikającym z wprowadzonej zmiany,

przy zachowaniu stałej ceny netto; obowiązuje od dnia wejścia w życie przepisów ją wprowadzających.

- 2) *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,*
- 3) *zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne*
- 4) ***zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych***

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

- b) w § 12 projektu umowy ws. zamówienia publicznego – przez dodanie ust. 4a o brzmieniu następującym:

*W przypadku zmian określonych w ust. 2 pkt. 4) Wykonawca ma obowiązek w terminie 30 dni od zmian złożyć do Zamawiającego pisemny wniosek, w którym musi wykazać rzeczywisty wpływ zmiany **zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych**, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych na zwiększenie kosztów realizacji Umowy, przedstawiając w tym szczegółowe wyliczenia i zależności między zmianą zasad przyznawania a wzrostem kosztów realizacji Umowy. Zamawiający w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku ocenia czy Wykonawca wykazał rzeczywisty wpływ zmian w zakresie **zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych**, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych na wzrost kosztów realizacji Umowy. Po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Strony przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto.*

- IV. **Oświadczam**, iż Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług gastronomicznych i ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, a sposób przeprowadzenia postępowania narusza przepisy ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

Wstęp

W dniu 18 listopada 2020 r. Zamawiający ogłosił, że prowadzi postępowanie na usługi gastronomiczne, tj. usługi społeczne w rozumieniu Pzp. Do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytania do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Termin składania ofert upływa 30 grudnia 2020 r.

Zdaniem Odwołującego, poszczególne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) nie odpowiadają przepisom Pzp.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

Zarzut nr 1 - art. 29 ust. 2 w zw. z art. 138m i art. 138k zd. 1 Pzp

Zamawiający wymaga od wykonawców, aby wykazali się dysponowaniem kuchnią zapasową – inną niż ta, którą Zamawiający wydierżawi zwycięskiemu wykonawcy celem realizacji zamówienia – przez cały okres realizacji zamówienia, z uwagi na ogłoszony w Polsce stan epidemii (por. Rozdz. III pkt 16 SIWZ). Należy podkreślić, że zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, opis przedmiotu zamówienia nie powinien prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji. Nie istnieje jednak żaden rzetelny powód, dla którego ze względu na stan epidemii wykonawca miałby być ciągle w posiadaniu odrębnego zakładu żywienia. Zamawiający nie wyjaśnia tej kwestii bliżej w treści dokumentacji przetargowej, w związku z czym złożenie odwołania jest konieczne. Zgodnie bowiem w rozdz. III pkt 13 SIWZ, taka kuchnia zapasowa powinna się znajdować najdalej na 60 minut drogi od siedziby Zamawiającego. Nie jest to co prawda ścisłe określenie odległości od siedziby Zamawiającego, niemniej ogranicza w sposób wyraźny krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie na takich warunkach do wykonawców już obecnych na lokalnym rynku, posiadających zakład żywienia w tym zasięgu. W tym zasięgu mieszczą się takie miejscowości jak Sejny, Augustów, Olecko. Bez dwóch zdań, wykonawcy obecni na tym rynku są w uprzywilejowanej sytuacji, gdyż wykonawca nawet doświadczony i rzetelny, jednakże nieobecny w sposób trwały w tych rejonach kraju nie ma szans na wykazanie się posiadaniem zakładu żywienia przez cały okres realizacji zamówienia. Próg wejścia w to zamówienie jest za wysoki – posiadanie zakładu żywienia, czyli regularnego przedsiębiorstwa przez 48 miesięcy (czas realizacji przedmiotowego zamówienia) wskazywałoby na konieczność uzyskania go na własność lub w bardzo trudno dostępną długotrwałą dzierżawę; gdyby zaś wymóg ten dotyczył tylko okresu wskazanych w SIWZ prac remontowych kuchni szpitalnej (4,5 miesiąca – od 15 lutego 2021 r. do 30.06.2021 r.), wykonawca nie musi mieć na własność zakładu żywienia, lecz może go dogodnie wynająć na ten krótki okres. Najem czy krótkotrwała dzierżawa pozwalają wykonawcy spoza grupy wykonawców lokalnych bez większego wysiłku podjąć się realizacji przedmiotowego zamówienia, kupienie przedsiębiorstwa czy zbudowanie go od podstaw – już nie.

W kontekście powyższego wskazać należy, że tzw. preferencje wykonawców lokalnych przez zamawiającego są niezgodne z Pzp i zakazane od dawna w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zob. wyrok z dnia 13 marca 1987 r. w sprawie Dundalk, C 45/87). Z uwagi na przedmiot zamówienia, jakim jest wykonywanie usługi najpierw w systemie cateringowym – tj. z kuchni zastępczej do Zamawiającego na czas remontu, następnie zaś, po zakończonym remoncie, z kuchni szpitalnej w formie stacjonarnej usługi gastronomicznej, dużo bardziej logiczne byłoby zachowanie wymogu wykazania się kuchnią zapasową jedynie na czas remontu – tylko tak bowiem wykonawca byłby w stanie zrealizować to zamówienie w sposób rzetelny, gdyż technologia utrzymania temperatury posiłków przez dłuższy czas ma swoje ograniczenia. Nie znajduje usprawiedliwienia zachowywanie takiego wymogu na cały okres realizacji usługi, skoro w opisie przedmiotu zamówienia nie ma ani słowa o tym, że kuchnia zastępcza po zakończeniu remontu będzie wykonawcy do czegokolwiek potrzebna pod kątem realizacji tego konkretnego zamówienia. Nie można zaś stracić z oczu faktu, że okres realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi aż 48 miesięcy, co oznacza, że przez 4 lata wykonawca musiałby wykazywać się posiadaniem zupełnie zbędnej kuchni zastępczej (pomijając krótki okres remontu na początku wykonywania usługi). Wymóg ten jest zatem także nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co stoi w sprzeczności z art. 138k Pzp. Szerzej o tym wątku w uzasadnieniu zarzutu nr 2, argumenty tam wskazane mają zastosowanie także do zarzutu nr 1.

Wymóg wykazania się certyfikatem ISO, o którym mowa w treści zarzutu, jest wymogiem nieproporcjonalnym, co stoi w sprzeczności z powołanymi przepisami, w szczególności z art. 138k Pzp, który wymaga zachowania zasady proporcjonalności w postępowaniu na usługi społeczne. Jak wynika z SIWZ, wymóg posiadania kuchni zastępczej przez cały okres realizacji zamówienia abstrahuje całkowicie od przedmiotu zamówienia – znalazło się w niej jedynie wskazanie, że przyczyną jest stan epidemii. Nie wiadomo jednak, po co tak naprawdę właściwie potrzebna jest kuchnia zastępcza na cały okres realizacji zamówienia (przewidywanie zresztą, że stan epidemii może się utrzymać jeszcze 48 miesięcy, licząc od początku realizacji zamówienia – początek 2021 r., a zatem do 2025 r., jest nad wyraz pesymistyczne, jeśli w ogóle oparte na uzasadnionych podstawach). Nie ma nawet wskazania, że z powodu stanu epidemii kuchnia szpitalna Zamawiającego może być wyłączona z użytku, co wymuszałoby korzystanie z dostaw posiłków z zewnątrz (trudno też zresztą sobie wyobrazić wyłączenie z użytkowania budynku szpitalnego z powodu epidemii, z którą się walczy przede wszystkim w szpitalu). **Polecenie zwycięskiemu wykonawcy, żeby w pewnym momencie po zakończeniu remontu i po rozpoczęciu wykonywania usługi z kuchni szpitalnej nagle zaczął realizować usługę cateringu z kuchni zastępczej wymagałoby zatem zawarcia aneksu do umowy w myśl art. 144 Pzp, na co wykonawca nie ma obowiązku się zgodzić, więc obowiązek utrzymywania kuchni zastępczej traci praktyczny sens w braku opisanego w SIWZ, czemu ma ten obowiązek służyć w ramach wykonania przedmiotowego zamówienia w całym okresie jego realizacji.** Zresztą, gdyby Zamawiający miał taką potrzebę, zawsze może w razie braku możliwości realizowania usługi żywienia stacjonarnie zlecić usługę cateringu w drodze osobnego zamówienia, choćby z wolnej ręki w razie natychmiastowej potrzeby. W tym aspekcie jako zupełnie nieproporcjonalny jawi się obowiązek posiadania i utrzymywania certyfikatu w stosunku do kuchni zastępczej.

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że w formie cateringowej zamówienie będzie realizowane tylko przez czas remontu w kuchni szpitalnej Zamawiającego i wiążącego się z tym remontem czasowego wyłączenia jej z użytkowania (tak rozdział III SIWZ, pkt 11 i 13, czytane łącznie). Skoro tak, po tym okresie kuchnia zastępcza będzie zupełnie zbędna do realizacji zamówienia. Podkreślić należy więc w tym miejscu, że prace remontowe, które mają zostać przeprowadzone na kuchni szpitalnej, to w istocie prace wykończeniowe i krótkotrwałe – chodzi, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, o remont instalacji elektrycznej (będzie on trwał od 15 lutego 2021 r. do dnia 30.06.2021, czyli 4,5 miesiąca, co stanowi ok. 10% czasu realizacji zamówienia – rozdział III SIWZ, pkt 11). Certyfikat, którego wymaga Zamawiający, jest niestandardowy, wyznacza on wyższe standardy prowadzenia działalności gastronomicznej niż minimalne normy prawne w tym zakresie (które i tak są niezwykle rygorystyczne, poddawane w dodatku kontroli organów sanitarno-epidemiologicznych, konieczne jest badanie próbek posiłków itp.). Jeśli zaś catering, czyli dowóz gotowych posiłków z takiego zakładu żywienia ma być realizowany w ramach przedmiotowego zamówienia przez tak krótki czas, to wymóg posiadania tak wysokiego certyfikatu jest nieproporcjonalny do ograniczenia konkurencji, jakie Zamawiający stwarza przez taki wymóg. Naturalnie Zamawiający może żądać uzyskania takiego certyfikatu w stosunku do wyremontowanej kuchni szpitalnej (co zresztą czyni w SIWZ), skoro będzie z niej otrzymywał żywność przez 4 lata. Wymóg ten jest zaś nieproporcjonalny do krótkotrwałego, 4,5-miesięcznego okresu cateringu i dlatego powinien być zniesiony, gdyż nadmiernie ogranicza konkurencję, niepotrzebnie podnosząc próg wejścia w realizację zamówienia dla wykonawców. W efekcie bowiem, z powodu wymogów właściwych dla okresu 4,5 miesiąca szansę na realizację zamówienia tracą wszyscy wykonawcy, którzy byliby w stanie realizować to zamówienie w pozostałej formule, trwającej pozostałe 43,5 miesiąca. Tak też wskazał powszechnie uznany komentator ustawy Pzp, Włodzimierz Dzierżanowski: [...] *zamawiający zobowiązany jest do wykazania, iż zapewnił istnienie konkurencji przy nabywaniu zamówienia. Nie musi natomiast*

wykazywać, czy nie dopuścił się utrudnienia w dostępie do udzielania zamówienia przez wykonawców oferujących określone rozwiązania. Jeśli istnieje konkurencja, a ograniczenie określonych rozwiązań jest uzasadnione potrzebą zamawiającego (tj. respektuje zasadę proporcjonalności), nie dochodzi do naruszenia prawa. (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII, WKP 2018, [w]: komentarz do art. 138k, którego autorem jest W. Dzierżanowski, uwaga nr 1).

Zarzut nr 3 - art. 138r ust. 3 Pzp

Przepis art. 138r ust. 3 Pzp brzmi następująco: *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów, w szczególności jakości i zrównoważonego charakteru usług społecznych, ciągłości lub dostępności danej usługi lub kryterium stopnia uwzględnienia szczególnych potrzeb użytkownika usługi.* Przepis ten nie dopuszcza zatem stosowania w postępowaniu na usługi społeczne kryterium ceny w ocenie ofert o wadze 100%. Co prawda Zamawiający rozbił to kryterium w ten sposób, że 90% wagi przyznano cenie za usługę (tj. którą Zamawiający zapłaci wykonawcy), a po 5% wagi mają kryteria wskazujące na cenę dzierżawy (tj. którą wykonawca zapłaci Zamawiającemu), natomiast nie zmienia to faktu, że wszystkie te kryteria w istocie odnoszą się do ceny. Przepis jest zaś jasny – obowiązkowo oprócz ceny muszą znaleźć się też inne kryteria, czyli kryteria pozacenowe. Tak też trafnie podniosła Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako „KIO”) w wyroku z 25.01.2018 r., sygn. akt: KIO 76/18: *Kryteria oceny ofert mają kluczowe znaczenie dla wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Skoro ustawa pzp nakazuje w odniesieniu do usług społecznych wprowadzenie nie tylko kryterium cenowego lub kosztowego, nie sposób twierdzić, że nie jest to naruszenie przepisów, które nie miało wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Oczywiście jest, że mógłby się on przedstawiać inaczej, gdyby najkorzystniejszą ofertę wylaniano by w oparciu o bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów, w szczególności jakości i zrównoważonego charakteru usług społecznych, ciągłości lub dostępności danej usługi lub stopnia uwzględnienia szczególnych potrzeb użytkownika usługi, **jak to nakazuje dyspozycja art. 138r ust. 3 pzp.***

W konsekwencji, konieczna jest zmiana ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert. W żądaniach Odwołujący wskazuje na celowość ustanowienia obok ceny kryterium doświadczenia, które ma tę unikalną zaletę, że gwarantuje Zamawiającemu wykonanie usługi gastronomicznej przez osoby kompetentne, znające od podszewki sztukę kulinarną, dające rękojmię prawidłowego i rzetelnego wykonania zamówienia.

Zarzut nr 4 - art. 151 ust. 2 i 3 w zw. z art. 138k zd. 1 Pzp

Art. 151 ust. 2 i 3 Pzp pozwalają zamawiającemu na zatrzymanie 30% zabezpieczenia tytułem rękojmi. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wskazał jednak na istnienie jakiegokolwiek rękojmi w warunkach zamówienia, w szczególności brak wyjaśnienia tej kwestii w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Rękojnia za wady, o której mowa w Kodeksie cywilnym (z uwagi na art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 Pzp) dotyczy sprzedaży rzeczy (art. 556 Kc) i umowy o dzieło (art. 638 Kc), przez co stosuje się ją także do robót budowlanych (art. 656 Kc). W konsekwencji, postanowienie o zachowaniu części zabezpieczenia tytułem rękojmi ma rację bytu i praktyczne zastosowanie w zamówieniach publicznych na dostawy i na roboty budowlane. W przypadku usług rękojnia nie występuje, końcowy jej wytwór mierzy się bowiem jedynie dochowaniem należytej staranności (por. art. 355 i 750 Kc), tym bardziej, że jest on nietrwały – po przygotowaniu gotowych posiłków są one niezwłocznie spożywane w ramach przedmiotowego zamówienia, więc nie ma mowy o zatrzymaniu części zabezpieczenia na jakiś czas, w którym

okazałoby się, czy usługa była wykonana wadliwie, czy nie. Zatrzymanie części zabezpieczenia tytułem rękojmi ma sens tylko przy pozostawieniu przez wykonawcę trwałego efektu w majątku Zamawiającego – tylko wówczas bowiem jest ona potrzebna. Rękojmią służy utrzymaniu trwałości wykonanego zamówienia i pielęgnacji tej trwałości; w przypadku usługi gastronomicznej nie może zaś być mowy o trwałości jej wykonania, gdyż w warunkach przedmiotowego postępowania musi ona być wykonana kilka razy dziennie, codziennie, przez 4 lata. W tej sytuacji brak zwrotu zabezpieczenia niezwłocznie po zakończeniu jego realizacji mija się zatem z celem art. 151 ust. 2 i 3 Pzp.

Upředzając wszelkie zarzuty, jakoby art. 151 ust. 2 i 3 Pzp miały nie być stosowane w zamówieniach na usługi społeczne, należy wskazać, że wymóg zatrzymania części zabezpieczenia tytułem rękojmi jest nieproporcjonalny, skoro ta rękojmią w tym wypadku nie istnieje, co jest wbrew art. 138k Pzp (więcej na ten temat w uzasadnieniu zarzutu nr 2). Ponadto, naturalnie do zamówień na usługi społeczne, pomimo przemilczenia w art. 138m Pzp, przepisy działu IV stosuje się. Gdyby przyjąć odmienną interpretację, należałoby bowiem dojść do wniosku, że nie stosuje się także art. 139 ust. 2 Pzp, który wymaga pisemnej formy umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś art. 17 ust. 2 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wyraźnie wskazuje, że czynem naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania formy pisemnej. Skoro zamówienie na usługi społeczne jest zamówieniem publicznym, a czynem naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest pominięcie formy pisemnej umowy, to oczywistym jest, że musi istnieć powszechny obowiązek zawierania takich umów w formie pisemnej w Pzp. W Pzp jest o tym mowa tylko w art. 139 ust. 2 Pzp, więc w konsekwencji dział IV Pzp musi znaleźć zastosowanie także w przypadku zamówień na usługi społeczne. Tak też trafnie wskazano w doktrynie: *Inaczej niż w przypadku zamówień sektorowych, gdzie ustawodawca wskazuje jedynie na odrębności w stosunku do zasad ogólnych wyrażonych w p.z.p., rozdział 6 działu III należy uznać za regulację zupełną. Nie oznacza to jednak, że żaden z pozostałych przepisów ustawy nie znajdzie zastosowania. Zamówienie na usługi społeczne to zamówienie publiczne, w tym przypadku jest to odpłatna umowa zawarta pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, której przedmiotem są usługi określone w art. 138g p.z.p. Zastosowanie wykładni systemowej oraz funkcjonalnej prowadzi do wniosku, że znajdują tu zastosowanie przepisy systemowe dotyczące definicji, kręgu podmiotów zamawiających, wyłączeń ustawowych, umów w sprawie udzielenia zamówienia czy środków ochrony prawnej.* (Falkowska Magdalena, Osiecka Anna, Treścińska Iwona, *Zamówienia publiczne na usługi społeczne w praktyce*, WKP 2017, [w]: rozdział 1, pkt 1.2.).

Nie mniej ważkim argumentem od powyższych jest także sam fakt, że Zamawiający dobrowolnie związał się obowiązkiem stosowania art. 151 ust. 1 i 2 Pzp, wpisując ich treść w treść SIWZ. Podlegają one zatem bezsprzecznie zastosowaniu i mogą być podstawą zarzutu.

Zarzut nr 5 - art. 142 ust. 5 pkt 4 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 138m i art. 138k zd. 1 Pzp

Zamawiający zawarł w § 12 projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowienia pozwalające na waloryzację wynagrodzenia wykonawcy w myśl art. 142 ust. 5 Pzp, z pominięciem jednak zmian opisanych w art. 142 ust. 5 pkt 4 Pzp, dotyczących pracowniczych planów kapitałowych.

Zgodnie z art. 142 ust. 5 Pzp umowa o zamówienie publiczne zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy musi zawierać postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach opisanych powyżej. Przedmiotowe zamówienie przewiduje zaś zawarcie umowy na 48 miesięcy. Przepis ten wprowadza

obligatoryjną waloryzację wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Zawsze wtedy, kiedy zaistnienie zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp, będzie miało wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie. Przepis art. 142 ust. 5 gwarantuje zachowanie zasad określonych w art. 138K Pzp.

Nieokreślenie zasad zmiany wynagrodzenia oznacza także, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący. Zamawiający winien przedstawić potencjalnym wykonawcom wszelkie informacje mające wpływ na sporządzenie oferty. Informacja o zasadach zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia określonych w art. 142 ust. 5 pkt 4 zmian w przepisach prawa, mających wpływ na koszty wykonania zamówienia publicznego, jest informacją, bez której prawidłowe sporządzenie oferty nie jest możliwe. Zasady zmiany wynagrodzenia Wykonawcy stanowią zatem niezbędny element opisu przedmiotu zamówienia.

Brak określenia zasad obligatoryjnej zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w art. 142 ust. 5 pkt 4 Pzp, utrudnia uczciwą konkurencję. Odwołujący kalkulując ofertę, nie jest w stanie przewidzieć, czy Zamawiający zgodzi się na zmianę wynagrodzenia, jeśli wystąpi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Stosowanie tzw. klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 142 ust. 5 Pzp, w tym w zakresie pkt 4, jest obowiązkowe także w przypadku zamówień na usługi społeczne (tak Falkowska Magdalena, Osiecka Anna, Treścińska Iwona, *Zamówienia publiczne na usługi społeczne w praktyce*, WKP, 2017, [w]: pkt 14.6: *Każda umowa na usługę społeczną, która zostaje zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, musi zawierać postanowienia waloryzacyjne, o których mowa w art. 142 ust. 5 p.z.p.*).

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotycząca Odwołującego;
- 2) pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 3) potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
- 4) potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.