

Łódź, dnia 16 października 2023 roku

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

Zamawiający: **Opolskie Centrum Rehabilitacji w Korfantowie Sp. z o.o.**
ul. Wyzwolenia 11, 48-317 Korfantów
e-mail: ocr@ocr.pl
KRS: 0000625798 NIP: 7531567625
Tel.: +48 774344000
Faks: +48 774344004
www.ocr.pl

Odwołujący: **Catermed sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**
ul. Traktorowa 126 lok. 301 , 91-204 Łódź
KRS: 0000914373; NIP: 6772164383
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowana przez pracownika – Ewę Grzelak
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi społeczne o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne na świadczenie usług pn: *"ŚWIADCZENIE USŁUG PRZYGOTOWANIA I DYSTRYBUCJI POSIŁKÓW DO PACJENTÓW OPOLSKIEGO CENTRUM REHABILITACJI W KORFANTOWIE SP. Z O.O., WRAZ Z PROWADZENIEM BUFETU DLA PRACOWNIKÓW / ODWIEDZAJĄCYCH"* po zmianie: *„ŚWIADCZENIE USŁUG PRZYGOTOWANIA I DYSTRYBUCJI POSIŁKÓW DO PACJENTÓW OPOLSKIEGO CENTRUM REHABILITACJI W KORFANTOWIE SP. Z O.O.”*, prowadzonego przez Opolskie Centrum Rehabilitacji w Korfantowie Sp. z o.o., ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 4 października 2023 pod numerem: 2023/S 191-597925, numer referencyjny: PZP-225_08/2023.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Catermed sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 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 oraz zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, tj. na:
 - a) określenie ceny jedynym kryterium oceny ofert,
 - b) treść załącznika nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) - Opisu Przedmiotu Zamówienia

- c) sprzeczność SWZ z załącznikiem nr 4 do SWZ - Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia
- d) zaniechanie zastrzeżenia w projekcie umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego

II. **Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**

1. **art. 246 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez określenie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, 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. 99 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp** poprzez określenie w załączniku nr 4 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia, że Wykonawca zapewni na czas prac instalacyjnych sprzętu żywienie z kuchni zapasowej przy czym z uwagi na zachowanie wysokiej jakości oraz odpowiedniej temperatury posiłków kuchnia ta nie może znajdować się w odległości większej niż 45 km od siedziby Zamawiającego (odległość dojazdu wyliczana na podstawie danych z google maps) co powoduje, iż Zamawiający opisał OPZ w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
3. **134 ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp** poprzez sprzeczność załącznika nr 3 do SWZ - Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) z treścią SWZ polegająca na tym, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1 pkt 4) podczas gdy w CZĘŚCI III: Podstawy Wykluczenia JEDZ zawarte są oświadczenia dot. wykluczeń na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 5, 6, 7 oraz 8 Pzp.
4. **art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp** przez brak określenia w załączniku nr 5 do SWZ - projekt umowy, wskazania minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia Wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający pomimo, iż dokumenty zamówienia przewidują możliwość zmniejszenia świadczenia Wykonawcy.

III. **Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:**

1. w zakresie zarzutu nr 1 – wprowadzenia kryterium pozacenowego o wadze co najmniej 40%:
proponujemy zmianę:
 - a) Sekcji II pkt. II.2.5) ogłoszenia o zamówieniu poprzez dodanie następujących Kryterium Oceny Ofert: „ Posiadanie certyfikatu ISO 22000 – 20% oraz Posiadanie licencji gotowego posiłku (L) -20%”,
 - b) rozdziału SWZ - kryteria i sposób oceny ofert ust. 38 pkt 1. SWZ przez wprowadzenie do SWZ Kryteriów pozacenowych - „Posiadanie certyfikatu ISO 22000 – 20% oraz Posiadanie licencji gotowego posiłku (L) -20%”:

" KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT:

38. Kryteria oceny ofert:

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

Cena (C) - 60%

Posiadanie certyfikatu ISO 22000 – 20%

Posiadanie licencji gotowego posiłku (L) -20%

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 (P) posiadanie certyfikatu ISO 22000 – 20 %.

Ocena w oparciu o załączony do oferty certyfikat:

a) Certyfikat Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Żywności ISO 22000 – 20 pkt

b) Brak certyfikatu w ofercie – 0 pkt

Sposób oceny:

- posiadanie certyfikatu

W celu potwierdzenia posiadania w/w certyfikatów Wykonawca składa certyfikaty do oferty.

3) Kryterium (L) posiadanie licencji gotowego posiłku – 20%

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:

10 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 20 pkt

5 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 5 pkt

mniej niż 5 zaświadczeń - 0 pkt"

2. **w zakresie zarzutu nr 2** zmianę ust. 3 lit. f) Rozdziału III - Wymagania dotyczące pomieszczeń i wyposażenia poprzez nadanie mu następującego mu brzmienia: "*f) zorganizuje produkcję posiłków w wynajmowanych pomieszczeniach, w szczególności wyposaży kuchnię we wszelkie niezbędne do produkcji posiłków i zmywania naczyń urządzenia i sprzęty, a także wykona prace remontowe lub instalacyjne w niezbędnym zakresie na własny koszt. Zamawiający zastrzega, że wyposażenie kuchni we wszelki niezbędny sprzęt może potrwać maksymalnie 10 tygodni. Wykonawca zapewni na czas prac instalacyjnych sprzęt żywienia z kuchni zapasowej.*"
3. **w zakresie zarzutu nr 3: zmianę załącznika nr 3 do SWZ - JEDZ** poprzez dostosowanie formularza JEDZ do zapisów SWZ i usunięcie z formularza JEDZ zapisów dot. wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 6, 7, 8 Pzp
4. **w zakresie zarzutu nr 4:** zmianę § 5 załącznika nr 5 do SWZ - projektu umowy poprzez wprowadzenie ust. 15 o następującej treści: "*Wartość częściowego zmniejszenie zakresu usług nie może przekroczyć (być wyższe) 10 % zsumowanej łącznej wartości Umowy/wartości umowy brutto określonej w 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 4 października 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług pn: "*ŚWIADCZENIE USŁUG PRZYGOTOWANIA I DYSTRYBUCJI POSIŁKÓW DO PACJENTÓW OPOLSKIEGO CENTRUM REHABILITACJI W KORFANTOWIE SP. Z O.O., WRAZ Z PROWADZENIEM BUFETU DLA PRACOWNIKÓW / ODWIEDZAJĄCYCH*", prowadzonego przez Opolskie Centrum Rehabilitacji w Korfantowie Sp. z o.o., ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 4 października 2023 pod numerem: 2023/S 191-597925, numer referencyjny: PZP-225_08/2023.

Wobec tego Odwołujący zachował termin do wniesienia niniejszego odwołania określony w art. 515 Pzp.

Postępowanie prowadzone jest z naruszeniem Pzp, z przyczyn szczegółowo niżej podanych.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zamawiający w SWZ Rozdział - Kryteria i Sposób Oceny Ofert - ust. 38 określił, że cena stanowi wyłączone kryterium oceny ofert.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu był zobowiązany do zastosowania pozacenowego kryterium o wadze co najmniej 40%.

Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, tj. samorządową osobą prawną utworzoną na podstawie ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. Dz.U. 1998 nr 91 poz. 576 ze zm.) w celu realizacji określonego w art. 14 pkt 2) ww. ustawy zadania publicznego polegającego na zapewnieniu ochrony zdrowia mieszkańcom Województwa Opolskiego. Zamawiający w celu realizacji celu publicznego dysponuje środkami publicznymi. Wobec powyższego Zamawiający podlega kontroli przez Najwyższą Izbę Kontroli z punktu widzenia gospodarności (vide: art. 203 ust. 2 i 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z ze zm.) - oraz art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, (Dz. U. 1995 nr 13 poz. 59 ze zm.). Gospodarne działanie wymaga, aby wybierać oferty najkorzystniejsze. Ofertą najkorzystniejszą nie jest oferta zawierająca najniższą cenę, ale taka, która zawiera najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. Wobec powyższego konieczne było określenie przez Zamawiającego kryterium jakościowego. Tym samym Zamawiający nie był uprawniony – stosownie do art. 246 pkt 1 Pzp – do określenia kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

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.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zamawiający w Rodziale III - wymagania dotyczące pomieszczeń i wyposażenia załącznika nr 4 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia zastrzegł:

"3. Wykonawca w celu wykonania umowy zapewni odpowiedni standard pomieszczeń, wyposażenia i narzędzi. W szczególności wykona własnym staraniem i na własne ryzyko:

f) zorganizuje produkcję posiłków w wynajmowanych pomieszczeniach, w szczególności wyposaży kuchnię we wszelkie niezbędne do produkcji posiłków i zmywania naczyń urządzenia i sprzęty, a także wykona prace remontowe lub instalacyjne w niezbędnym zakresie na własny koszt. Zamawiający zastrzega, że wyposażenie kuchni we wszelki niezbędny sprzęt może potrwać maksymalnie 10 tygodni. Wykonawca zapewni na czas prac instalacyjnych sprzętu żywienia z kuchni zapasowej przy czym z uwagi na zachowanie wysokiej jakości oraz odpowiedniej temperatury posiłków kuchnia ta nie może znajdować się w odległości większej niż 45 km od siedziby Zamawiającego (odległość dojazdu wyliczana na podstawie danych z google maps)."

Zgodnie natomiast z art. 99 ust. 4 Pzp: *"4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów."*

Ponadto w myśl art. 16 pkt 1) Pzp: *"Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: [...] 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców..."*

Takie zastrzeżenie w dokumentach zamówienia nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także znacząco ogranicza krąg wykonawców mogących starać się o udzielenie zamówienia.

Zastrzeżenie tego wymagania w dokumentach zamówienia znacząco ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Powyższe prowadzi m.in. do promowania Wykonawców lokalnych. Zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. - sygn. akt KIO/UZP 1502/08 - jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu.

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zamawiający w załączniku nr 3 do SWZ - Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) w CZĘŚCI III: Podstawy Wykluczenia JEDZ zawarł oświadczenia wykonawcy dot. wykluczeń na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 5, 6, 7 oraz 8 Pzp.

Podczas gdy w SWZ Zamawiający w rozdziale dot. warunków udziału i podstaw wykluczenia zastrzegł, że: "11. Warunki udziału w postępowaniu:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1 pkt 4) Pzp"

Wobec powyższego Zamawiający wytworzył w postępowaniu dwa sprzeczne ze sobą dokumenty zamówienia.

Zgodnie natomiast z art. 16 pkt 2) Pzp: *"Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób 2) przejrzysty"*

Dodatkowo w myśl art. 134 ust. 2 pkt 1) Pzp: *"2. SWZ zawiera również: 1) podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje"*

Załączniki do SWZ stanowią integralną część SWZ wobec tego winny być zgodne ze specyfikacją, a tym bardziej gdy chodzi o kwestię taką jak podstawy wykluczenia Wykonawcy.

Zamawiający nie wywiązał się z obowiązku zachowania przejrzystości postępowania.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

W załączniku nr 4 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia Zamawiający zastrzegł: "2. *Zadaniem wykonawcy jest kompleksowe żywienie pacjentów Zamawiającego, w ilości średnio 4800 osobodni miesięcznie. Za osobodzień rozumie się wydanie 3 posiłków (śniadanie, obiad, kolacja oraz dodatki wynikające z diet) w każdym dniu miesiąca. **Podana ilość jest ilością szacunkową, a Wykonawca będzie mógł żądać wynagrodzenia w wysokości określonej w umowie, tylko z tytułu faktycznie zamówionych i wydanych posiłków.***"

Dodatkowo w myśl § 5 ust. 10 załącznika nr 5 do SWZ - projektu umowy: "Podstawą do wystawienia faktury przez Wykonawcę jest potwierdzone przez Zamawiającego zbiorcze zestawienie wykonanych usług żywieniowych za dany miesiąc kalendarzowy."

Wobec powyższego istnieje możliwość ewentualnego faktycznego ograniczenia zamówionych przez Zamawiającego posiłków i zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy.

(...)

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 w umowie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Wykonawcy o jakie może Zamawiający ograniczyć zamówienie w trakcie jego wykonywania.

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

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.