

Łódź, dnia 22 listopada 2021 roku

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

Zamawiający: Szpital Wolski im. dr. Anny Gostyńskiej Samodzielny Publiczny Zakład
Opieki Zdrowotnej
ul. M. Kasprzaka 17, 01-211 Warszawa
KRS: 0000226288
Tel.: +48 223894806
Faks: +48 226323893
zamowieniapubliczne@wolski.med.pl
<https://www.wolski.med.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 – Magdalena Kolińska
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi wskazane w art. 359 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych tj.: powyżej 750 tys. euro „Usługę cateringową polegającą na przygotowaniu i dostarczeniu posiłków do kuchenek oddziałowych Oddziałów Szpitala Wolskiego wg określonych przez Zamawiającego diet oraz przygotowanie i dostarczenie obiadów do kuchni oddziałowej dla 15 pacjentów Oddziału dziennego psychiatryczno - rehabilitacyjnego dla dzieci i młodzieży (pawilon 6 - część "B") w projekcie: Środowiskowe Centrum Zdrowia Psychicznego dla dzieci i młodzieży Warszawa – Wola” Szpitala Wolskiego w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014 – 2020 współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego Umowa nr POWR.04.01.00-00-DM03/20 wg określonych przez Zamawiającego diet”, nr sprawy EP/44/2021, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2021/S 220-580367 z dnia 12 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 - dotyczy części I i II,
- 2) zastrzeżenie rażąco wygórowanego limitu kar umownych - dotyczy części I i II,

- 3) sposób określenia przedmiotowych środków dowodowych – dotyczy części I i II.

II. Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 246 ust. 1 i 2 w zw. z art. 359 pkt 1 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 3 Pzp w zw. art. 8 ust. 1 Pzp i art. 359 pkt 1 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,
3. **art. 106 ust. 2 i 3 w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp** poprzez określenie wymogu przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu jadłospisów dekadowych dla wszystkich diet w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję, a to przez określenie w odpowiedziach na pytania do SWZ z dnia 22 listopada 2021 r. parametrów tych jadłospisów w sposób nieprecyzyjny, co prowadzić będzie do złożenia nieporównywalnych i nieweryfikowalnych ofert w postępowaniu,

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 – zmianę ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III pkt. 1.4) przez nadanie mu treści: „Wykaz i krótki opis zasad i 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 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 specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”) poprzez nadanie rozdziałowi nr XX następującej treści:
Zamawiający będzie oceniał oferty w każdej z części według następujących kryteriów:
- 1) Cena – 60%**
 - 2) Zaświadczenia o uzyskaniu licencji gotowego posiłku -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:

- 3) **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

- 4) **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, **tluszcze** 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.,

- 5) w zakresie zarzutu nr 1 – zmiany SWZ w sekcji XX poprzez wykreślenie pkt. 2
 - 6) w zakresie zarzutu nr 2 – zmiany SWZ w załączniku nr 6 w jego § 10 ust. 8 przez zmniejszenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony, z 30% do 10%,
 - 7) w zakresie zarzutu nr 3 – zmiany SWZ w rozdziale XI, pkt 1 lit. e) przez dodanie następujących słów: *Wykonawca zobowiązany jest do załączenia do oferty wykazu jadłospisów dekadowych zawierających dla pakietu 1:*
 - *trzy przykładowe jadłospisy dekadowe:*
 - *dieta podstawowej,*
 - *dieta lekkostrawnej i*
 - *dieta cukrzycowa 5-posiłkowa*
 - *dla pakietu 2 dwa przykładowe jadłospisy dekadowe*
 - *diety zwykła dla dzieci i młodzieży*
 - *cukrzycowej*
- z podaniem dla każdego zadania w każdym jadłospisie:**
- **gramatury serwowanych potraw oraz alergenów w poszczególnych potrawach oraz wartości kalorycznej i ilości (w gramach) białka, tłuszczu i węglowodanów dla każdego dnia w/w dietach.**

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 12 listopada 2021 r.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług cateringowa polegająca na przygotowaniu i dostarczeniu posiłków do kuchенок oddziałowych Oddziałów Szpitala Wolskiego wg. określonych przez Zamawiającego diet leczniczych oraz przygotowanie i dostarczenia posiłków (obiadu) dla 15 pacjentów Oddziału dziennego psychiatryczno - rehabilitacyjnego dla dzieci i młodzieży (część "B") w projekcie: Środowiskowe Centrum Zdrowia Psychicznego dla dzieci i młodzieży Warszawa – Wola” w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014 – 2020 współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego Umowa nr POWR.04.01.00-00-DM03/20 oraz przygotowanie i dostarczenia posiłków (obiadu) dla 15 pacjentów Oddziału dziennego psychiatryczno - rehabilitacyjnego dla dzieci i młodzieży (część "B") w projekcie: Środowiskowe Centrum Zdrowia Psychicznego dla dzieci i młodzieży Warszawa – Wola” w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014 – 2020 współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego Umowa nr

POWR.04.01.00-00-DM03/20. Zamówienie podzielone jest zatem na dwie części (zadania), zaś zarzuty Odwołującego dotyczą obydwu części.

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.

Zamawiający w SWZ w rozdziale XX jako jedyne kryterium oceny ofert zastosował – 100 % ceny. Nie określił innego kryterium jakościowego tłumacząc się, że „standardy jakościowe, o których mowa w art. 91 ust. 2a - Standardy jakościowe zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 3 do niniejszej SWZ). Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując standardy, jakim ma on odpowiadać. Dokumenty opisujące przedmiot zamówienia są wyczerpujące (dotyczą wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia). To oznacza, że przedmiot zamówienia jest **zestandaryzowany - identyczny, niezależnie od tego, który z wykonawców go będzie go wykonywał).** W związku z powyższym Zamawiający jest upoważniony do zastosowania ceny jako jednego z kryteriów wyboru oferty o znaczeniu ponad 60% przy wyborze oferty najkorzystniejszej. „

Błędne jest twierdzenie Zamawiającego w tym zakresie, ponieważ zapisy zawarte w opisie przedmiotu zamówienia mogą być różnie interpretowane przez Wykonawców. Przedmiot zamówienia byłby zestandaryzowany - identyczny dla wszystkich Wykonawców, gdyby Zamawiający zamieścił w SWZ dla każdej z 14 diet obowiązujących w Szpitalu Wolskim, szczegółowe wymagania co do potraw, konkretnego przygotowania, obróbki i gramatury według, których należy realizować przedmiot zamówienia.

Brak zestandaryzowanego opisu przedmiotu zamówienia, powoduje, że zaoferowane jadłospisy przez różnych wykonawców będą różne, nie identyczne. Brak wyznaczonych norm, standardów powoduje, że każdy wykonawca będzie świadczył usługę żywienia w oparciu o różne wytyczne, m.in.:

- 1) Obecnie zgodnie z zapisami OPZ (opisu przedmiotu zamówienia) Zamawiający wymaga ryby chude: np. miruna, okoń, dorsz, mintaj, które należy planować minimum 1 raz w tygodniu. Taki zapis jest niejednoznaczny, jeden Wykonawca może zrozumieć, iż 1 raz w tygodniu należy zaoferować na obiad rybę o gramaturze 20g, inny wykonawca zaoferuje np. na śniadanie dorsza o gramaturze 20g, a jeszcze inny na kolację np. mirunę o gramaturze 30 g.
- 2) Brak wyznaczenia, przez Zamawiającego w SWZ norm co do gramatur potraw powoduje, że każdy Wykonawca może kierować się różnymi wytycznymi, czyli jeden wykonawca zaoferuje 250 ml zupy na obiad a inny 350 ml, podobnie będzie z innymi potrawami jak ziemniaki, kasza, makaron czy też mięso, ser, itp.
- 3) Brak wyznaczenia norm jakościowych dla potraw takich jak np. zup obiadowych (zawartość w proporcji min 35% warzyw, z dodatkiem : ryż, kasza, grysik, makaron, itp., sposobu przygotowania zup np. na bazie wywarów warzywnych lub mięsnych), zupy mleczne (produkty stałe 30g + mleko2%).
- 4) Brak wskazania jakie przyprawy są wykluczone u zamawiającego np. przyprawy z zawartością glutaminianu sodu i innych wzmacniaczy smaku. Zatem jeden wykonawca będzie używał wzmacniaczy smaku a inny będzie używał większej ilości warzyw i mięsa aby np. zupa była smaczniejsza i bardziej wartościowa odżywczo.
- 5) Opis przedmiotu zamówienia zawiera zapisy wzajemnie wykluczające się załącznik 3 do SWZ wymagania jakościowe pkt 3 raz Zamawiający wskazuje, że nie wolno używać gotowych produktów a następnie dalej w tym samym punkcie Zamawiający dopuszcza wykorzystanie dań gotowych niewyprodukowanych przez Wykonawcę. Zatem tak nieprecyzyjny zapis spowoduje, że jeden Wykonawca zaoferuje Zamawiającemu pierogi przygotowane samodzielnie, a drugi – dostarczone jako potrawa gotowa od firmy zewnętrznej.

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 wskazywałyoby 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 użytkownikowi 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 przewidział w załączniku nr 6 do SWZ w § 10 następujące postanowienie:

8. Łączna wysokość kar umownych wynikających z niniejszej umowy nie może przekroczyć 30% wartości o której mowa w § 6 ust. 1 odpowiednio lit a) lub lit b) w zależności od zadania,

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 30% wartości wykonania umowy w okresie 22 miesięcy w stosunku do części I oraz 20 miesięcy w stosunku do części II stanowi wypaczenie treści art. 436 pkt 3 Pzp, którego celem było złagodzenie sytuacji prawnej wykonawcy w umowie.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zgodnie z rozdziałem XI SWZ, jednym z przedmiotowych środków dowodowych, jakie wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą, jest wykaz jadłospisów dekadowych.

W dniu 22 listopada 2021 r., w odpowiedzi na pytanie nr 5 do SWZ, Zamawiający wyjaśnił, co następuje:

Odpowiedź: Wykonawca zobowiązany jest do załączenia do oferty wykazu jadłospisów dekadowych zawierających dla pakietu 1:

- trzy przykładowe jadłospisy dekadowe:

- dieta podstawowej,*
- dieta lekkostrawnej i*
- dieta cukrzycowa 5-posiłkowa*

dla pakietu 2

dwa przykładowe jadłospisy dekadowe

- diety zwykła dla dzieci i młodzieży*
- cukrzycowej*

z podaniem dla każdego zadania w każdym jadłospisie:

- gramatury serwowanych potraw oraz alergenów w poszczególnych potrawach oraz wartości kalorycznej i ilości (w gramach) białka, tłuszczu i węglowodanów dla każdego dnia w/w dietach.

Przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa, w wersji zmodyfikowanej przez Zamawiającego w drodze wyjaśnień SWZ, nie spełnia powyższych kryteriów. Przede wszystkim, należy zauważyć, że podanie wartości kalorycznej wraz z gramaturą, ilości składników odżywczych i alergenów dla całego jadłospisu dekadowego, bez zaznaczenia, że chodzi o podanie wartości dla danego posiłku, powoduje, że zgodna z SWZ będzie oferta, w której wartości te podane zostaną zbiorczo dla wszystkich posiłków oferowanych w ramach danej diety z całej dekady, czyli w ramach 10 kolejnych dni. W konsekwencji, oferty złożone w postępowaniu będą nieporównywalne i nieweryfikowalne co do zgodności z treścią SWZ. Zupełnie nieprzydatna będzie bowiem dla badania i oceny ofert informacja, iż np. w ciągu dekady zostanie podane 3 kg ziemniaków czy 1,5 kg mięsa. Proporcjonalny i umożliwiający równe traktowanie wykonawców oraz brak ograniczenia uczciwej konkurencji będzie jedynie taki wykaz jadłospisów, w którym zostaną wskazane te wartości z dokładnością do jednego posiłku. W przeciwnym wypadku, może się okazać, że wybrana jako najkorzystniejsza zostanie oferta wykonawcy, który nie będzie w stanie odpowiednio zbilansować diet co do wartości takich jak gramatura i składniki odżywcze, gdyż opracował jedynie dane zbiorcze zgodnie z wymaganiami SWZ. Taki przedmiotowy środek dowodowy nie nadaje się zatem do oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia (jest nieproporcjonalny), a ponadto może służyć do manipulowania treścią oferty w taki sposób, aby uzyskać zamówienie, nie zaś przedstawić rzetelną ofertę (nie zapewnia uczciwej konkurencji).

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.