

Wrocław, dnia 23 lutego 2022 r.

**Prezes**

**Krajowej Izby Odwoławczej**

**ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa**

**Odwołujący:**

IMPEL S.A.

ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław

KRS: 0000004185

NIP: 8990106769

Numer telefonu:727003567

Adres poczty elektronicznej: [k.stefanska@impel.pl](mailto:k.stefanska@impel.pl)

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Kamila Stefańska

**Zamawiający:**

Wojewódzki Ośrodek Terapii Uzależnień i Współzależnienia w Toruniu,

ul. Szosa Bydgoska 1, 87-100 Toruń

NIP: 956-20-48-040; Regon: 871550298; KRS: 0000030573

Adres strony internetowej Zamawiającego: [www.wotuiw.torun.pl](http://www.wotuiw.torun.pl)

telefon: 56 622 89 08; fax: 56 622 28 50

**ODWOŁANIE**

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Catering dla pacjentów WOTUiW w 2022 r.”.

**Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

Nr ogłoszenia 2022/BZP 00062393 z dnia 18 lutego 2022 roku.

Catering dla pacjentów WOTUiW w 2022 r.

**Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

- 1) art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- 2) art. 433 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych,
- 3) § 2 ust. 1 pkt 1b) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415),
- 4) § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415),
- 5) art. 281 ust. 1 pkt. 17 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis kryterium oceny ofert przez Zamawiającego w SWZ.

**Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:**

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

**Wskazanie interesu Odwołującego:**

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

## UZASADNIENIE

### Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.

W dniu 18 lutego 2022 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

1.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w SWZ w pkt. III Opis przedmiotu zamówienia wskazał, że:

*1. Zadaniem Wykonawcy jest kompleksowe żywienie pacjentów Zamawiającego oraz dostarczanie posiłków do pacjentów, o ściśle określonych porach. Szacunkowa, uśredniona liczba zestawów wydawanych posiłków, rozumianych jako całodobowe wyżywienie jednego pacjenta składające się ze śniadania, obiadu i kolacji, wynosi 87 dziennie.*

*2. Liczba posiłków uzależniona jest od liczby hospitalizowanych pacjentów. Zamawiający zastrzega konieczność realizacji zamówienia w zakresie rzeczywistych potrzeb, obejmujących możliwość ograniczenia lub zwiększenia liczby posiłków, przy czym minimalna liczba zestawów posiłków, rozumianych jako całodobowe wyżywienie jednego pacjenta składające się ze śniadania, obiadu i kolacji, nie może być mniejsza niż 30 dziennie.*

W ocenie Odwołującego takie brzmienie postanowienia SWZ narusza przepis art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez złamanie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wskazać należy, że Zamawiający w sposób abuzywny na gruncie przepisu art. 433 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych zastrzega sobie jednostronne uprawnienie do zmiany (ograniczenia) zakresu przedmiotu zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy. Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SWZ i umowy, gdyż Wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi. Jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony Wykonawcy, zatem wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu.

Według Odwołującego Zamawiający, dążąc do minimalizacji cen w ofertach, winien być zainteresowany jasnym i realnym wskazaniem "gwarantowanego" zakresu udzielanego zamówienia, co spowoduje, że Wykonawcy nie będą w ceny ofert wkalkulowały ryzyka wynikającego z ewentualnego "niezamówienia usług". Nie ulega wątpliwości, że gwarantowany zakres zamówień na poziomie 30 posiłków dziennie jest rażąco niski w stosunku do szacunkowej liczby posiłków na poziomie liczby 87.

Odwołujący podkreśla, że w uzasadnieniu do ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.) ustawodawca wyraźnie wskazuje się zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Dopełnieniem jest przykładowy katalog abuzywnych klauzul wskazany w art. 433 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.). W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez Zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowienia umowne nie kształtowały w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie - nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowienia projektu umowy i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 90% wartości zamówienia.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia pkt III.2 SWZ oraz postanowienia § 1 ust. 1 pkt 2 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:

*„2. Liczba posiłków uzależniona jest od liczby hospitalizowanych pacjentów. Zamawiający zastrzega konieczność realizacji zamówienia w zakresie rzeczywistych potrzeb, obejmujących możliwość ograniczenia lub zwiększenia liczby posiłków, przy czym minimalna liczba zestawów posiłków, rozumianych jako całodobowe wyżywienie jednego pacjenta składające się ze śniadania, obiadu i kolacji, nie może być mniejsza niż 74 dziennie.”*

2.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w SWZ w pkt. VI.2 wprowadził następujące postanowienie:

*„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek wskazany w Rozdziale V pkt 1 lit. b), jeżeli:*

1) w okresie ostatnich trzech lat **przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia**, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali lub wykonywali, (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują usługi) co najmniej dwie usługi tożsame z przedmiotem zamówienia (wykonywanie i dostarczanie posiłków dla pacjentów szpitala: catering) o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł (pięćset tysięcy zł) każda, wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie (**Załącznik nr 5**)

Odwołujący podkreśla, że taki wymóg Zamawiającego narusza przepis § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415):

1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, **w okresie ostatnich 3 lat**, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;

Jak wynika z literalnej wykładni w/w przepisu Zamawiający, dla oceny doświadczenia Wykonawcy, nie może liczyć terminu 3 lat wykonania usługi od momentu „wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Przepisy prawa nie dają Zamawiającemu podstaw prawnych do takiego działania.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia pkt. VI.2 SWZ w następującym brzmieniu:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek wskazany w Rozdziale V pkt 1 lit.

b), jeżeli:

2) w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali lub wykonywali, (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują usługi) co najmniej dwie usługi tożsame z przedmiotem zamówienia (wykonywanie i dostarczanie posiłków dla pacjentów szpitala: catering) o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł (pięćset tysięcy zł) każda, wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie (**Załącznik nr 5**)

3.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w SWZ w pkt. VII.2 lit. e) wprowadził następujące postanowienie:

*„2. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawca składa:*

*e) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1, pkt. 4 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż **3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.**”*

Odwołujący podkreśla, że taki wymóg Zamawiającego narusza przepis § 2 ust. 1 pkt 1b) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415):

*§ 2. 1. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia*

*publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:*

*1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:*

*a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”,*

*b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,*

*c) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy,*

*d) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, dotyczącej ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,*

*e) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy, dotyczącej skazania za przestępstwo lub ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu*

*– sporządzonej nie wcześniej niż **6 miesięcy przed jej złożeniem;***

Jak wynika z literalnej wykładni w/w przepisu, Zamawiający, dla oceny braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy, nie może liczyć dla informacji z Krajowego Rejestru Karnego terminu „3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”. Przepisy prawa nie dają Zamawiającemu podstaw prawnych do takiego działania.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia pkt. VII.2 lit. e) SWZ w następującym brzmieniu:

*„2. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawca składa:*

*e) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1, pkt. 4 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż **6 miesięcy przed jej złożeniem.**”*

4.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w SWZ w pkt. XV „Opis kryteriów (...)” w pkt 4.3 wprowadził następujące postanowienie:

**„3. Zasada oceny ofert wg kryterium „Termin płatności”**

*Zamawiający do oceny przyjmie termin płatności, ustalony w umowie, liczony od dnia otrzymania przez Zamawiającego faktury VAT prawidłowo wystawionej przez Wykonawcę.”*

Odwołujący podkreśla, że taki wymóg Zamawiającego narusza przepis art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt. 17 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający ma obowiązek zamieścić w SWZ opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie określił, jaki jest minimalny termin płatności. Zamawiający nie opisał również, w jaki sposób Wykonawca będzie oceniany, w szczególności zwrócić należy uwagę na brak punktacji dla konkretnych terminów zapłaty.

**ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia pkt. XV „Opis kryteriów (...)” w pkt 4.3 SWZ w następującym brzmieniu lub równoważnym:

**„3. Zasada oceny ofert wg kryterium „Termin płatności”**

Zamawiający przyzna następującą punktację za zaoferowany przez Wykonawcę termin płatności:

- 1) Termin 7- 14 dni – 0 punktów,
- 2) Termin 15-29 dni - 5 punktów,
- 3) Termin 30 dni – 10 punktów.”

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.