

Łódź, dnia 13 lipca 2022 roku

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

Zamawiający: **Zespół Szkół Ogólnokształcących nr 5 w Lublinie**
ul. Rzeckiego 10, 20-637 Lublin
tel/faks: 81-743 43 35
adres poczty elektronicznej: poczta@zso5.lublin.eu
Adres strony internetowej zamawiającego:
<https://biuletyn.lublin.eu/zso5/zespol-szkol-ogolnoksztalcacych-nr-5-w-lublinie,4,12131,1.html>

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

reprezentowana przez pracownika – Klaudię Bartczyk
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji poniżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 j.t. - zwanej dalej „Pzp”), pn. „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na usługę przygotowywania, dostarczania i podawania posiłków dla uczniów w Zespole Szkół Ogólnokształcących nr 5 w Lublinie”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 lipca 2022 roku pod numerem: 2022/BZP 00245278/01, numer referencyjny: KG 261.1.2022

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 2021 roku, poz. 1129 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp.”):

- I. wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.
 1. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert
 2. na projektowane postanowienia umowy
- II. zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**

1. **art. 240 ust. 2 P.z.p. w zw. z art. 242 ust. 1 P.z.p. w zw. art. 16 pkt 1 P.z.p w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp** poprzez określenie w rozdziale XX SWZ opis kryterium jakości jako doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K) o wadze 30 punktów przyznawanych na podstawie deklaracji Wykonawcy w Formularzu oferty podczas gdy:
 - a. Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców, a więc tak określone kryterium stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert;
2. **art. 436 pkt 3 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 3 P.z.p. w zw. art. 8 ust. 1 Pz.p. w zw. z art. 7 pkt 32 P.z.p. w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 k.c. w zw. z art. 266 Pzp** poprzez zawarcie w załączniku nr 6 do SWZ - Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający, w wysokości 50% wartości brutto umowy, która to wartość już w momencie zawarcia umowy będzie rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy znacznej części wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności, ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia.

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

1. w zakresie zarzutu 1
 - a. ogłoszenia o zamówieniu – w zakresie Sekcja IV pkt 4.3 Kryterium 3 poprzez usunięcie kryterium „Doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi” i zastąpienie go kryteriami - Kryterium 3 - Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt oraz Kryterium 4 Certyfikat ISO 22000 (certyfikat w zakresie zarządzania bezpieczeństwem żywności dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt
 - b. Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie rozdziału XX ust. 2 SWZ poprzez usunięcie Kryterium 3 - Doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K) o wadze 30 pkt i zastąpienie go kryteriami - Kryterium 3 - Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt oraz Kryterium 4 Certyfikat ISO 22000 (certyfikat w zakresie zarządzania bezpieczeństwem żywności dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt

dotatkowo wnoszę wprowadzenie do SWZ sposobu oceny tego kryterium w następujący sposób:

*"Kryterium 3 Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt
Potwierdzenie posiadania certyfikatu ISO 14001 poprzez dołączenie niniejszego dokumentu do oferty – 15 punktów
Brak certyfikatu ISO 14001 w ofercie – 0 pkt*

Kryterium 4 Certyfikat ISO 22000 (certyfikat w zakresie zarządzania bezpieczeństwem żywności dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt

*Potwierdzenie posiadania certyfikatu ISO 22000 poprzez dołączenie niniejszego dokumentu do oferty – 15 punktów
Brak certyfikatu ISO 22000 w ofercie – 0 pkt"*

2. w zakresie zarzutu 2 :

- a. zmiany § 8 ust. 2 Załącznika nr 6 do SWZ – Projektu Umowy poprzez jego zmianę i nadanie mu brzmienia: *"Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony nie może przekroczyć 25% wartości brutto Umowy, o której mowa w § 5 ust. 1.,,*

IV. oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem 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 P.z.p.

Uzasadnienie

W dniu 8 lipca 2022 r. roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na usługę przygotowywania, dostarczania i podawania posiłków dla uczniów w Zespole Szkół Ogólnokształcących nr 5 w Lublinie”.

Uzasadnienie zarzutu 1

W rozdziale XX - Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert wskazał, że Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą na podstawie następujących kryteriów: Cena (C) o wartości 60, Czynnosc dzierżawny (CzD) o wartości 10 oraz doświadczenie wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K) o wartości 30.

Jak wynika z rozdziału XX SWZ kryterium jakościowe odnoszące się do doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K) weryfikowane będzie na podstawie zadeklarowania przez Wykonawcę w formularzu oferty spełnienia tych kryterium.

Opisany wyżej sposób oceny ofert w zakresie w.w. kryterium nie przewiduje żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie w tym przedmiocie. Jak zaznaczono w przedmiotowym fragmencie SWZ, Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone w Formularzu oferty.

W doktrynie słusznie podkreśla się, że wykonawcy powinni mieć pełną świadomość w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tylko bowiem wówczas będą mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Z tych też względów zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach (*tak: D. Grześkowiak-Stojek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91., pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis*). Jak trafnie zauważa J. Pieróg: "Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych." (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis). Kryteria oceny ofert oraz sposób ich tworzenia i oceny ofert na ich podstawie mają zasadnicze znaczenie dla systemu zamówień publicznych, bowiem to w oparciu o nie zamawiający decyduje komu udzieli zamówienia. Z tych względów zamawiający musi odpowiednio wcześniej przemyśleć i wskazać wszystkie kryteria, które uważa za istotne, a które powinny spowodować, że wybierze właściwą ofertę (M. Meducki, ZPDORADCA 2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Podkreślenia wymaga, że istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów pzp powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1 pzp (aktualnie art. 16 pkt 1) pzp), stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. 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 wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 35/21 Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, że:

*„Podzielając powyższe poglądy sąd okręgowy stoi na **kategorycznym** stanowisku, wyrażonym już z resztą w wyroku wydanym przez tut. sąd w innym składzie, iż **obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie** (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).”*

Odwołujący zgadza się w pełni ze słusznym stanowiskiem Sądu, wyrażonym w powyższym wyroku oraz w przytoczonym w jego treści wyrokiem tego samego Sądu z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20. Brzmienie art. 91 ust. 2d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, obecnie znajdujące się w art. 240 ust. 2 P.z.p z 2019 r., w definitywny sposób bowiem zobowiązuje zamawiających do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, których spełnienie przez ofertę wykonawcy da się obiektywnie zweryfikować jeszcze przed przyznaniem jej stosownej liczby punktów. Warto przy tym podkreślić, że Sąd Okręgowy w Warszawie, który wydał wyżej przytoczone wyroki, stanowi instancję odwoławczą w stosunku do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 580 ust. 1 P.z.p. W konsekwencji, stwierdzić należy, że ukształtowała się linia orzecznicza, która potwierdza stanowisko Odwołującego, co przesądza o zasadności odwołania.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastrzeżone kryterium odnoszące się do doświadczenia wyspecjalizowanego personelu (kucharza/kucharki) zatrudnionego do wykonywania usługi (K) weryfikowanego jedynie na podstawie zadeklarowania przez Wykonawcę w formularzu oferty jest nieweryfikowalne i należy dokonać jego zmiany.

Mając na względzie powyższe wnoszę o zastąpienie w.w. kryterium kryteriami Kryterium 3 - Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt. oraz Kryterium 4 Certyfikat ISO 22000 (certyfikat w zakresie zarządzania bezpieczeństwem żywności dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o wadze - 15 pkt.

Uzasadnienie zarzutu 2

Zgodnie z art. 436 pkt 3 P.z.p., Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Jak wskazuje się w doktrynie „ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 pkt 3 Pzp. Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, ustalając maksymalną wysokość kar umownych, zamawiający powinien pamiętać, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo

nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.” (patrz: Komentarz do Prawa zamówień publicznych, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza).

W konsekwencji powyższego, konieczne jest określenie górnego pułapu kar, jakich zapłaty od wykonawcy może się domagać Zamawiający. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający, powinien uwzględniać fakt, że zgodnie z art. 7 pkt 32 P.z.p. umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest umową odpłatną.

Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 8 Załącznika nr 6 do SWZ - Projektu 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 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).

Niektóre z zastrzeżonych kar umownych dotyczą okoliczności, które nie zostały precyzyjnie opisane. Zamawiający może nałożyć kary umowne, m.in. za nieterminowe dostarczenie posiłków, nienależytego wykonania usług w wysokości 20%, czy dwukrotnie zgłoszonej w danym miesiącu reklamacji co do jakości potraw.

Z podanych wyżej przykładów wynika, że niektóre zastrzeżone kary umowne dotyczą obowiązków określonych nieprecyzyjnie.

Tym samym limit kar umownych ma dla potencjalnego ogromne znaczenie gwarancyjne. Określenie łącznego górnego limitu kar umownych w wysokości 50% wartości umowy brutto powoduje, że w wypadku rzeczywistego nałożenia takiej wysokości kar umownych wykonawca nie ma szans na osiągnięcie choćby pokrycia wydatków na wykonanie zamówienia.

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).

Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien wziąć pod uwagę zasadę proporcjonalności. Określenie limitu kar umownych w wysokości wartości umowy stanowi remedium na podnoszony w Koncepcji prawa zamówień publicznych problem zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających. Zamawiający – kierując się uproszczonym postrzeganiem swojego interesu – sformułował postanowienie umowy zawierające rozwiązanie nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do wartości zamówienia publicznego.

Postanowienie § 8 ust. 2 załącznika nr 6 do SWZ - projektu umowy ogranicza dostęp do zamówienia tylko do podmiotów, które są gotowe na wykonywanie zamówienia bez wynagrodzenia do czasu uzyskania prawomocnego wyroku sądu powszechnego o miarkowaniu kary umownej. Tym samym zastrzeżenie w umowie rażąco wygórowanego limitu kar umownych ma wpływ na krąg oferentów. Ustanowienie górnego limitu kar umownych w wysokości wartości umowy brutto interpretować należy nie jako dbałość o należyte wykonanie zamówienia, lecz jako de facto warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy (art. 112 ust. 2 pkt 3 P.z.p.). Taki warunek w tym postępowaniu nie byłby uprawniony, gdyż sytuacja finansowa wykonawcy jest niezwiązana z przedmiotem zamówienia i nie ma znaczenia dla stopnia jakości jego wykonania (art. 112 ust. 1 P.z.p.). Możliwe, że intencją Zamawiającego było obejście tego przepisu przez ustanowienie właśnie wygórowanego górnego limitu kar umownych. Prowadzi to do potwierdzenia niniejszego zarzutu, gdyż doszło do wykorzystania przez Zamawiającego w sposób instrumentalny pozycji gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

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;