

Łódź, dnia 20 stycznia 2025 roku

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

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa
Spraw Wewnętrznych i Administracji
ul. Jagiellońska 44, Szczecin, 70-382
NIP: 8522198181
tel.: 91 43 29 503, fax. +48 91 43 29 501
<https://www.gov.pl/web/spzoz-mswia-szczecin>
e-mail: biuro@spzozmswia.szczecin.pl

Odwołujący: CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź
KRS: 0000914373, NIP: 6772164383
tel.: 42 64 05 777
e-mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowany przez pracownika – Magdalenę Kolińską

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024r. poz. 1310) pn. *Świadczenie usług w zakresie żywienia dla SP ZOZ MSWiA w Szczecinie*, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 stycznia 2025 roku pod numerem: 13139-2025, numer wydania: Dz.U. S: 6/2025

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, 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.2024.1320 t.j z późn. zm. - zwanej dalej jako: „P.z.p”), niniejszym **wnoszę odwołanie na:**

I. na niezgodną z przepisami ustawy P.z.p. czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj:

- A) określenie treści projektowanych postanowień umownych w zakresie możliwości natychmiastowego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sposób wykorzystujący pozycję dominującą Zamawiającego,
- B) określenie górnego limitu kar umownych w treści projektowanych postanowień umownych, w sposób rażąco wygórowany,
- C) określenie nieweryfikowalnego na etapie składania ofert pozacenowego kryterium oceny ofert.

II. zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 434 ust. 1 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. 395 § 1 K.c. w zw. z art. 353(1) Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”)** poprzez określenie w załączniku nr 3 do SWZ – w §9 ust. 2 i 3 projektu umowy uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy Zamawiający zakontraktuje usługę nabywaną przez niego w ramach przedmiotowej umowy w rezultacie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uruchomionego w ramach grupy zakupowej utworzonej przez jednostki, dla których organem założycielskim jest Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Ministerstwo Obrony Narodowej, co stanowi wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy postanowień tworzących po stronie Wykonawcy niepewność co do trwałości umowy (nawet w minimalnym zakresie),
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. 353(1) K.c. w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c.** poprzez określenie w załączniku nr 3 do SWZ - w § 8 ust. 4 projektu umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy, w wysokości 50% całkowitego wynagrodzenia, która to wartość jest rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia Wykonawcy zasadniczej części wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności oraz zasady współżycia społecznego – uczciwości kontraktowej,
3. **art. 242 ust. 1 pkt 1 P.z.p., art. 242 ust. 2 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 240 P.z.p. w zw. w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp** poprzez określenie pozacenowego, jakościowego kryteriów oceny ofert, tj. „Wartość wsadu do kotła – 40%”, które stanowi wyłącznie obietnicę Wykonawcy, jest nieweryfikowalne na etapie składania ofert, co powoduje, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert oraz zachowanie w postępowaniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

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

1. w zakresie zarzutu nr 1 – zmianę §9 ust. 2 i 3 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ – poprzez ich usunięcie,
2. w zakresie zarzutu nr 2 - zmianę § 8 ust 3 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ – poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „*Łączna maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 10 % maksymalnej wartości umowy brutto określonej w §6 ust. 3.*”
3. w zakresie zarzutu nr 3 – zmianę kryterium oceny ofert poprzez zastąpienie kryterium „Wartość wsadu do kotła – 40%” następującymi kryteriami:

- Dysponowanie samochodami "zeroemisyjnych", w skład w który wchodzi pojazdy zasilane energią elektryczną lub zasilane gazem CNG do realizacji usługi w ilości 2 szt. – 20%.
- Licencja na gotowy posiłek **w ilości 7 sztuk** – 20%.

IV. wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od wniesionego odwołania;

V. **oświadczam, iż 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 9 stycznia 2025 r. Zamawiający ogłosił wszczęcie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne na *Świadczenie usług w zakresie żywienia dla SP ZOZ MSWiA w Szczecinie*.

Postępowanie prowadzone jest z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p., z następujących przyczyn:

Uzasadnienie zarzutu nr 1:

Zamawiający w załączniku nr 3 do SWZ – w §9 ust. 2 projektu umowy wskazał: *„Zamawiający uprawniony jest również do jednostronnego odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy Zamawiający zakontraktuje usługę nabywaną przez niego w ramach przedmiotowej umowy w rezultacie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uruchomionego w ramach grupy zakupowej utworzonej przez jednostki, dla których organem założycielskim jest Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Ministerstwo Obrony Narodowej”*.

Powyższe postanowienie, uprawnia Zamawiającego **do odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym, z dnia na dzień, bez jakiegokolwiek uprzedzenia Wykonawcy**. W/w postanowienie stanowi wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu. Redakcja §9 ust. 2 projektu umowy wprowadza rażąco przewagę po stronie Zamawiającego.

Należy mieć na uwadze, że przygotowanie się do realizacji zamówienia żywienia pacjentów wymaga od Wykonawcy zaangażowania określonych środków, zapewnienia personelu oraz stworzenie łańcucha logistycznego. W przypadku, gdy Zamawiający uprawniony jest do jednostronnego odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym, po stronie Wykonawcy powstaje niepewność co do tego, czy będzie dalej realizował Zamówienie. To z kolei może doprowadzić do powstania szkody po stronie Wykonawcy.

Wykonawca, biorąc pod uwagę redakcję omawianego postanowienia, nie może mieć pewności co do osiągnięcia spodziewanych zysków. Wykonawca, realizując umowę w sposób prawidłowy oraz odpowiedni, angażując się w prowadzenie kuchni, może być narażony na

odstąpienie Zamawiającego tylko z tego względu, że uzyskał on zamówienie, działając w ramach grupy zakupowej, od innego wykonawcy. **Takie ukształtowanie postanowień umowy stoi w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego – zasadą uczciwości kontraktowej, ponieważ tworzy po stronie Zamawiającego znaczną przewagę. Tym samym jest to postanowienie nieważne, poprzez swoją sprzeczność z art. 353 (1) K.c.**

Zakontraktowanie usługi żywienia w rezultacie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uruchomionego w ramach grupy zakupowej utworzonej przez jednostki, dla których organem założycielskim jest Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Ministerstwo Obrony Narodowej, następuje w wyniku odpowiedniego przygotowania. Zamawiający posiada wystarczającą ilość czasu na przygotowanie się do tego i uprzedzenia Wykonawcy. Nie może zatem stawiać Wykonawcy w sytuacji, gdy kończy współpracę z dnia na dzień. Obecnie brzmienie projektu umowy, zezwala Zamawiającemu na zakończenie współpracy z dnia na dzień, nawet wtedy, gdy sam posiada wiedzę o tej okoliczności dużo wcześniej (postanowienie §9 ust. 3 projektu umowy odnosi się wyłącznie do Zamawiającego i nie daje wiedzy Wykonawcy z odpowiednim wyprzedzeniem o zamiarze skorzystania z uprawnienia do odstąpienia od umowy).

Należy mieć na względzie, iż Zamawiający chcąc zakontraktować usługę żywienia w/w trybie posiada uprawnienie przewidziane w §9 ust. 4 projektu umowy do wypowiedzenia umowy z dwumiesięcznym okresem wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca następującego po miesiącu, w którym złożono oświadczenie o wypowiedzeniu. Wprowadzenie odmiennego trybu rozwiązania umowy, jest więc w tym przypadku całkowicie zbędne i niecelowe.

Mając na uwadze powyższe, postanowienie §9 ust. 2 i 3 projektu umowy powinno zostać usunięte.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

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

Zamawiający wskazał w załączniku nr 3 do SWZ – w §8 ust. 4 projektu umowy (omyłkowo wskazane jako 3):

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczonych przez Zamawiającego w związku z realizacją umowy przez Wykonawcę nie może przekroczyć 50% maksymalnej wartości umowy brutto określonej w § 6 ust. 3”.

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).

Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 8 ust. 4 projektu umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany a wręcz pozbawiający Wykonawcę znacznej części wynagrodzenia, biorąc pod uwagę limit łączny kar określony jako 50% wynagrodzenia. 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).

Limit kar umownych ma dla potencjalnego ogromne znaczenie gwarancyjne. Określenie łącznego górnego limitu kar umownych w wysokości 50 % wynagrodzenia brutto powoduje, że w wypadku rzeczywistego nałożenia takiej wysokości kar umownych Wykonawca nie ma szans na osiągnięcie choćby pokrycia wydatków na wykonanie zamówienia i traci całe wynagrodzenie.

Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego pozwoli mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie dużej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na znaczne 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. Zamawiający – kierując się uproszczonym postrzeganiem swojego interesu – sformułował postanowienie umowy zawierające rozwiązanie nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do wartości zamówienia publicznego.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zamawiający w rozdziale XIX SWZ *OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT* wskazał następujące kryteria oceny ofert: Cena – 60%

oraz „Wartość wsadu do kotła” – 40%.

Kryterium pozacenowe – wartość wsadu do kotła jest nieweryfikowalny na etapie składania ofert. Spełnienie tego kryterium opiera się wyłącznie na oświadczeniu Wykonawcy, a właściwe na obietnicy Wykonawcy.

W konsekwencji kryterium to w rzeczywistości tylko pozornie odnosi się do jakości, uniemożliwia zachowanie w postępowaniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

W miejsce nieweryfikowalnego kryterium oceny ofert, Odwołujący proponuje następujące kryteria, tj.

„Dysponowanie samochodami "zeroemisyjnych", w skład w który wchodzi pojazdy zasilane energią elektryczną lub zasilane gazem CNG do realizacji usługi:

oraz

„Licencja na gotowy posiłek w ilości 7 sztuk,”

które są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

a) Dysponowanie samochodem elektrycznym – 20%

Odwołujący proponuje, aby podstawą oceny ofert były dokumenty dołączone do oferty, w tym decyzja Sanepidu zatwierdzająca, że środek transportu jest zgodny z wymogami dotyczącymi przewozu żywności oraz potwierdzająca, że pojazd posiada elektryczny napęd.

Elektryczne środki transportu zapewniają ekologiczny charakter realizacji usługi oraz zgodność z zasadami zrównoważonego rozwoju.

Wprowadzenia takiego kryterium odpowiada dyspozycji art. 242 P.z.p., wprowadzającego kryteria jakościowe (pozacenowe), w tym w szczególności art. 242 ust. 2 pkt. 3 wprowadzającego kryteria odnoszące się do aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwie wprowadzenie samochodów elektrycznych ma znaczące znaczenie dla zapewnienia ekologicznej realizacji zamówienia ze względu na to, że samochody elektryczne są o wiele bardziej ekologiczne niż pojazdy spalinowe.

Jest to ponadto kryterium bardzo łatwo weryfikowalne, a Zamawiający ma łatwość w sprawdzeniu tego, czy Wykonawcy rzeczywiście dysponują takimi środkami transportu.

b) Licencja na gotowy posiłek w ilości 7 sztuk – 20%

Odwołujący proponuje, aby kryterium oceny było przedłożenie licencji przez Wykonawcę, która potwierdza zgodność z przepisami prawa i wymaganiami dotyczącymi jakości posiłków.

Licencja gotowego posiłku jest potwierdzeniem jakości całodziennego zestawu żywieniowego (śniadanie, obiad, kolacja).

W ramach danej diety szpitalnej (w próbce z całego zestawu żywieniowego – śniadanie, obiad, kolacja) 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. Badane są również inne parametry np. błonnik, sól i itp.

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 w posiłkach jakie są podawane pacjentowi w Szpitalu.

Zaświadczenie od akredytowanego laboratorium potwierdza zgodność gotowego posiłku z wymogami jakościowymi i dietetycznymi. Dzięki temu Zamawiający ma pewność, że produkt spełnia odpowiednie standardy, co jest kluczowe, szczególnie w kontekście żywienia pacjentów w szpitalach. Zaświadczenie jest dokumentem, który umożliwia Zamawiającemu łatwą weryfikację jakości oferowanych produktów. Dzięki temu proces oceny oferty staje się bardziej transparentny i obiektywny. Dzięki gotowym, licencjonowanym posiłkom Zamawiający unika kosztów związanych z opracowywaniem receptur, analizą jakości oraz dostosowaniem produktów do wymogów dietetycznych.

Wprowadzenie podanego kryterium będzie stanowiło promowanie profesjonalizmu – licencja bowiem wskazuje na możliwość dostarczenia posiłków w odpowiedniej ilości i jakości.

Podobnie jak poprzednie zaproponowane przez Wykonawcę kryterium, jest to kryterium łatwo weryfikowalne. Licencje są bowiem dokumentem jednoznacznie potwierdzającym kwalifikacje Wykonawcy.

Wprowadzenie powyższych zmian zwiększy transparentność postępowania, jednocześnie będzie zgodne z ustawą P.z.p. Proponowane kryteria wspierają realizację zamówienia w sposób ekologiczny, efektywny i zgodny z wymaganiami jakości.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego,
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej,
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.