

Łódź, dnia 20 lutego 2023 roku

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

**Zamawiający:** **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki  
Zdrowotnej w Międzyrzecu Podlaskim**  
ul. Warszawska 2-4,  
21-560 Międzyrzec Podlaski  
KRS: 0000004756  
tel/ fax: (83) 371 83 24  
e-mail: zamowienia@spzozmc.pl  
www.spzozmc.pl

**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 –  
Magdalenę Kolińską  
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego**

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. "Usługa żywienia pacjentów w SP ZOZ w Międzyrzecu Podlaskim" ogłoszonego w dniu 14 lutego 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00094953, nr referencyjny: 7/2023/TP.

## **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 tj.:

1. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert,
2. projektowane postanowienia umowy

**II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:**

1. art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i ust. 3 Pzp. w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 246 ust. 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez określenie jako kryterium jakościowego terminu płatności o wadze 40 % podczas gdy kryterium to nie jest związane z przedmiotem zamówienia i dotyczy właściwości wykonawcy, co jest niedopuszczalne
2. art. 436 pkt 3 Pzp. w zw. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> 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 wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę;

### **III. wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:**

1. **w zakresie zarzutu nr 1 określenie kryteriów jakościowych odnoszących się do parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych przez Wykonawcę związanych z przedmiotem zamówienia w myśl art. 241 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 Pzp**

#### **proponujemy:**

1. **dokonanie zmiany ust. 4.3 Sekcji IV - "Przedmiot Zamówienia" ogłoszenia o zamówieniu z dnia r. poprzez usunięcie dotychczasowych zapisów dot. kryteriów i zastąpienie go następującą treścią:**

*"4.3.3.) Stosowane kryteria oceny ofert: Kryterium ceny oraz kryteria jakościowe*

*Kryterium 1*

*4.3.5.) Nazwa kryterium: Cena*

*4.3.6.) Waga: 60*

*Kryterium 2*

*4.3.4.) Rodzaj kryterium:*

*inne.*

*4.3.5.) Nazwa kryterium: Kuchnia zastępcza na wypadek awarii kuchni*

*4.3.6.) Waga: 40"*

2. **dokonanie zmiany rozdziału XV "OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT" ust. 1-5 - Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ”) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:**

***" XV. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT 1. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i ich znaczeniem:***

*Lp. KRYTERIUM:*

*1 Cena ofertowa brutto WAGA: 60 %*

*2 Kuchnia zastępcza na wypadek awarii kuchni WAGA 40 %*

*R a z e m: 100 %*

*[...]*

*Kryterium 2 - Kuchnia zastępcza na wypadek awarii kuchni*

*W kryterium kuchnia zastępcza na wypadek awarii kuchni Wykonawca otrzyma 40 punktów za posiadanie zaplecza technicznego w postaci kuchni tzw. awaryjnej, w której będzie zapewniał ciągłość w świadczeniu usług żywienia u Zamawiającego na czas awarii kuchni wykazanej na warunek udziału w postępowaniu..*

*Kuchnia awaryjna, o której mowa w przedmiotowym kryterium musi spełniać łącznie następujące wymogi:*

*- kuchnia przeznaczona do przygotowywania posiłków w zbiorowym żywieniu typu zamkniętego w rozumieniu ustawy z dnia z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia  
- oddalona od siedziby Zamawiającego nie dalej niż 60 km,  
- na dzień składania oferty kuchnia posiada pozytywną opinię Państwowej Inspekcji Sanitarnej oraz Wykonawca otrzyma 40 punktów jeżeli dołączy do oferty dokument potwierdzający dysponowanie lokalem typu: umową najmu, dzierżawy, użyczenia.*

*W przypadku nie dołączenia do oferty w/wym. dokumentów potwierdzających dysponowanie lokalem kuchni tzw. awaryjnej- Wykonawca otrzyma 0 pkt.””*

2. **W zakresie zarzutu nr 2 nakazanie zmiany § 7 ust. 7 załącznika nr 7 do SWZ -** projektowane postanowienia umowy i nadanie mu brzmienia: *"Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy, wynosi 40% wartości brutto umowy określonej w §9 ust. 1 umowy."*

**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**

### **Uzasadnienie zarzutu nr 1**

Zamawiający wskazał w Rozdziale XV "OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT" SWZ, jako kryterium oceny ofert cenę brutto - waga 60 % oraz termin płatności - waga 40%. Zamawiający zastrzegł, że termin płatności będzie oceniany w następujący sposób: Ocena ofert w tym kryterium dokonana zostanie z zastosowaniem następujących zasad:

*"Kryterium 2 – termin płatności faktury (T):*

- 1) Termin płatności 14 dni – 1 pkt,*
- 2) Termin płatności 20 dni – 5 pkt,*
- 3) Termin płatności 26 dni – 10 pkt,*
- 4) Termin płatności 32 dni – 15 pkt,*
- 5) Termin płatności 37 dni – 20 pkt,*
- 6) Termin płatności 42 dni – 25 pkt,*
- 7) Termin płatności 48 dni – 30 pkt,*
- 8) Termin płatności 54 dni – 35 pkt,*
- 9) Termin płatności 60 dni – 40 pkt.*

*W przypadku zaoferowania terminu płatności poniżej 14 dni, oferta Wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SWZ.*

*W przypadku zaoferowania terminu płatności powyżej 60 dni, ocenie będzie podlegał 60-cio dniowy termin płatności.*

*Oferta najkorzystniejsza w tym kryterium dla każdej z części może otrzymać maksymalnie 40 punktów."*

W myśl art 240 ust. 2 pzp kryteria oceny ofert i ich opis powinny umożliwiać Zamawiającemu weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Za pomocą kryteriów oceny ofert zamawiający komunikuje wykonawcom swoje preferencje. Kryteria jakościowe powinny w szczególności być kryteriami odnoszącymi się m.in. do aspektów społecznych, środowiskowych, innowacyjnych (art 242 ust. 2 pzp). Z treści art. 241 ust. 1 pzp. wynika, że kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 241 ust. 3 pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Jak wskazuje się w doktrynie od reguły (dotyczącej właściwości wykonawcy) ustawa nie przewiduje wyjątku także w przypadku zamówień na usługi społeczne, a także dla zamówień o wartości niższej niż progi unijne. Cechy wykonawcy oceniane są w toku badania warunków udziału w postępowaniu i mają charakter niestopniowalny (przekroczenie wymaganego progu wystarcza do udziału w postępowaniu) lub kryteriach selekcji – stopniowalnej ocenie podmiotowej wykonawców stosowanej w trybach dwustopniowych. Wyliczenie, jakie przykładowe właściwości wykonawcy nie mogą stanowić kryterium, ma charakter wyłącznie edukacyjny, gdyż żadne właściwości wykonawcy kryterium być nie mogą. (tak w: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX) W ocenie Odwołującego wskazane przez Zamawiającego kryterium terminu płatności nie jest związane z przedmiotem zamówienia, gdyż nie dotyczy bezpośrednio usług świadczonych przez potencjalnego Wykonawcy, a tym bardziej odnosi się do właściwości wykonawcy - wiarygodności finansowej. Tym samym Zamawiający nie był uprawniony – stosownie do art. 241 ust. 1 i ust. 3 Pzp. – do określenia kryterium oceny ofert w postaci terminu płatności. W ocenie Odwołującego jakością usługi nie jest termin płatności. Uchylone Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie posługiwało się pojęciem kryteriów jakościowych i mówiło jedynie o kryterium ceny lub kosztu i innych kryteriach odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Należy uznać, że do grupy tych kryteriów zaliczone mogą zostać wyłącznie te, które w jakikolwiek sposób będą odnosiły się do jakości przedmiotu zamówienia. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowej ustawy pzp, powinno to prowadzić do eliminacji stosowania kryterium terminu zapłaty (tak w: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX, Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX, Uzasadnienie rządowego projektu ustawy z dnia 12 lipca 2019 roku - druk nr 3624 - s. 64-65).

Ocena jakości odnosi się bezpośrednio do parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych rozwiązań. Ocena jest więc związana z istotą oferowanego rozwiązania. Ocenie może więc podlegać zarówno spełnienie większego zakresu wymaganych parametrów technicznych jako kryterium odnoszące się do aspektów funkcjonalnych, jak i mierzalne parametry techniczne, takie

jak np. czas ładowania baterii, czy też kwestie o charakterze estetycznym. (tak w: *Gawrońska Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX, Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX*) Kryterium wskazane przez Zamawiającego niewątpliwie nie stanowi kryterium jakości oferty odnoszącej się do parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych przez Wykonawcę rozwiązań, czym naruszył art. 240 ust. 2 w zw. z art. 241 ust. 1 i ust. 3 Pzp. w zw. z art. 242 ust 1 pkt 1 Pzp. w zw. z art. 246 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp.

Mając na względzie powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu i rozdziału "OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT" Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ”) w sposób wskazany w pkt III petitum odwołania.

### **Uzasadnienie zarzutu nr 2:**

W Załączniku nr 7 do SWZ – projektowane postanowienia Umowy Zamawiający umieścił postanowienie § 7 ust. 7 w brzmieniu następującym: *"Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy, wynosi 40% wartości brutto umowy określonej w §9 ust. 1 umowy."*

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Kara umowna stanowi z góry ryczałtowo określony surogat odszkodowania należnego wierzycielowi od dłużnika z tytułu odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13). Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SWZ zawarte w prawie zamówień publicznych (wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).

Należy zauważyć, że maksymalny wymiar kar w wysokości 40% wartości umowy brutto określony w § 7 ust. 7 wzoru umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany. 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).

Wobec tego w ocenie odwołującego zasadne jest ustalenie łącznego maksymalnego wymiaru kar umownych na poziomie 10%.

*Załączniki:*

- 1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców odwołującego*
- 2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej,*
- 3. potwierdzenia uiszczenia wpisu od odwołania,*
- 4. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.*