

Łódź, dnia 14 lipca 2023 roku

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

Zamawiający: Powiatowy Szpital w Aleksandrowie Kujawskim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim
ul. Juliusza Słowackiego 18, 87-700 Aleksandrów Kujawski
KRS: 0000199929 NIP: 8911530126
e-mail: zamowieniapubliczne@vp.pl
tel.: + 48 542828001
faks: + 48 542828002
www.szpital-aleksandrow.internetdsl.pl

Odwołujący: CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź
KRS: 0000914373, NIP: 6772164383
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowany przez pracownika – Izabelę Kozendrę
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na usługi społeczne o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. *"Przygotowywanie i dystrybucja całodobowych posiłków dla pacjentów Powiatowego Szpitala w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o. w myśl ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze źródeł publ."* ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 4 lipca 2023 roku pod numerem 2023/S 126-401274 numer referencyjny: 20/2023

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 tj.:
1. określenie warunków udziału w postępowaniu,
 2. określenie pozacenowych kryteriów oceny ofert
 3. zapisy załącznika nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) - formularza oferty
- I. **Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

- I.1. **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp** przez zastrzeżenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub

zawodowej, polegający na: a) Wykonawca wykaże, że posiada co najmniej jeden zakład przygotowujący posiłki (kuchnia) w odległości od siedziby Zamawiającego aby czas dojazdu nie był dłuższy niż 30 minut,

b) Wykonawca wykaże, że posiada aktualną ocenę zakładu gastronomicznego przez Inspekcję Sanitarną,

c) Wykonawca wykaże, że wdrożył i stosuje system zarządzania bezpieczeństwem zdrowotnym żywności HACCP w miejscu gdzie będzie prowadzona usługa dla Zamawiającego.

I.1.a. podczas gdy tak stawiany warunek jest nieproporcjonalny, nieprzejrzysty, abstrahuje od zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a ponadto narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż prowadzi do preferencji wykonawców lokalnych oraz ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego,

I.2. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp przez zastrzeżenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegający na tym, że Zamawiający wymaga, aby zatrudnione osoby, które będą miały styczność z przygotowaniem i dostarczaniem posiłków są zaszczepione co najmniej dwukrotnie szczepionką przeciw COVID 19, podczas gdy warunek ten jest dyskryminujący, nieprzejrzysty, abstrahuje od zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i niezgodny z obowiązującym prawem, gdyż dotyczy danych wrażliwych, a pracownicy nie mają obowiązku informowania pracodawcy o szczepieniu na COVID – 19.

I.3. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp. w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp poprzez określenie w XVIII rozdziale *"OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW, I SPOSOBU OCENY OFERT"* SWZ kryterium Oferta wariantowa – 10% – na podstawie deklaracji Wykonawcy w Formularzu podczas gdy:

I.3.a. kryterium to i sposób jego oceny opisane są w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały i pozostawiają zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty:

I.4. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp. w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp poprzez określenie w XVIII rozdziale *"OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW, I SPOSOBU OCENY OFERT"* SWZ kryterium Lokalizacja, bliskość położenia Wykonawcy od siedziby Zamawiającego kuchni zapasowej - 30% – na podstawie deklaracji Wykonawcy w Formularzu podczas gdy:

I.4.a. Zamawiający określił sposób weryfikacji kryterium Lokalizacja, bliskość położenia Wykonawcy od siedziby Zamawiającego kuchni zapasowej - 30% - jako stanowiące obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne.

I.5. 436 pkt 4) lit b) Pzp w zw. z art. 439 ust. 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp poprzez zawarcie w załącznik nr 1 do SWZ - formularzy oferty następującego oświadczenia: *"gwarantujemy utrzymanie stałej ceny przez okres trwania umowy na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia"*, co prowadzi do sprzeczności z SWZ oraz załącznikiem nr 12 do SWZ - Projektem Umowy, które przewidują mechanizm zmiany wynagrodzenia Wykonawców zgodnie z w.w. przepisami.

- II. **Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:**
- II.1. **w zakresie zarzutu nr 1:**
- II.1.a. usunięcie z dokumentów zamówienia warunku w zakresie zdolności technicznej określony w rozdziale XV WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ust. 2 pkt. 4) w zakresie zdolności technicznej polegający na tym, że: a) warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada co najmniej jeden zakład przygotowujący posiłki (kuchnia) w odległości od siedziby Zamawiającego aby czas dojazdu nie był dłuższy niż 30 minut, b) warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada aktualną ocenę zakładu gastronomicznego przez Inspekcję Sanitarną, c) warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wdrożył i stosuje system zarządzania bezpieczeństwem zdrowotnym żywności HACCP w miejscu gdzie będzie prowadzona usługa dla Zamawiającego.
- II.2. **w zakresie zarzutu nr 2:**
- II.2.a. usunięcie z dokumentów zamówienia warunku w zakresie zdolności zawodowej określony w rozdziale XV WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ust. 2 pkt. 4) w zakresie zdolności zawodowej polegający na tym, że: c) warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że zatrudnione osoby, które będą miały styczność z przygotowywaniem i dostarczaniem posiłków są zaszczepione co najmniej dwukrotnie szczepionką przeciw COVID-19.
- II.3. **w zakresie zarzutu nr 3:**
- II.3.a. opisanie w dokumentach zamówienia kryterium - Oferta wariantowa – 10% i sposobu jego oceny w sposób jednoznaczny i zrozumiały i niepozostawiający zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty.
- II.4. **w zakresie zarzutu nr 4:**
- II.4.a. usunięcia z treści dokumentów zamówienia - ogłoszenia o zamówieniu i SWZ kryterium Lokalizacja, bliskość położenia Wykonawcy od siedziby Zamawiającego kuchni zapasowej - 30% i wprowadzenie w jego miejsce następującego kryterium: posiadanie certyfikatu ISO 14001 w zakresie żywienia zbiorowego szpitalnego wystawiony przez akredytowaną jednostkę – 30 %.
- Sposób weryfikacji kryterium:
załączenie do oferty wymaganego Certyfikatu ISO 14001 – 30 pkt,
brak certyfikatu w ofercie – 0 pkt
- II.5. **w zakresie zarzutu nr 5:**
- II.5.a. usunięcie z załącznika nr 1 do SWZ - formularza oferty zapisu ust. 2 pkt e.
- III. 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

W dniu 4 lipca 2023 r. roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. *"Przygotowywanie i dystrybucja całodobowych posiłków dla pacjentów Powiatowego Szpitala w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o. w myśl ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze źródeł publicznych"* ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 4 lipca 2023 roku pod numerem 2023/S 126-401274 numer referencyjny: 20/2023.

Mając na względzie Powyższe Odwołujący zachował termin do wniesienia odwołania określony w art. 515 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zamawiający zastrzegł warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o treści następującej:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

" (...) 4) zdolności technicznej lub zawodowej:

W zakresie zdolności technicznej:

- a) warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada co najmniej jeden zakład przygotowujący posiłki (kuchnia) w odległości od siedziby Zamawiającego aby czas dojazdu nie był dłuższy niż 30 minut,*
- b) warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada aktualną ocenę zakładu gastronomicznego przez Inspekcję Sanitarną,*
- c) warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wdrożył i stosuje system zarządzania bezpieczeństwem zdrowotnym żywności HACCP w miejscu gdzie będzie prowadzona usługa dla Zamawiającego. (...)"*

Odwołujący kwestionuje zgodność powyższego warunku z Pzp.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zastrzeżenie tego warunku w taki sposób prowadzi do tego, że ten warunek jest nieproporcjonalny, abstrahuje od zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz znacząco ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i prowadzi do preferencji wykonawców lokalnych.

Zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. - sygn. akt KIO/UZP 1502/08 - Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tym postępowaniu.

Na uwagę zasługuje również brak ofert w postępowaniu Zamawiającego nr 24/2022 (Ogłoszenie nr 2022/BZP 00363648/01 z dnia 2022-09-26), gdzie warunki udziału jak i kryterium były takie same. Postępowanie w dniu 11.10.2022 zostało unieważnione.

Dodatkowo należy wskazać, że warunek ten dotyczy kuchni zastępczej co również ukazuje, że jest on nadmierny.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zamawiający zastrzegł warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej o treści następującej:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

"4) zdolności technicznej lub zawodowej:

(...)

W zakresie zdolności zawodowej:

(...)

c) warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaze, że zatrudnione osoby, które będą miały styczność z przygotowywaniem i dostarczaniem posiłków są zaszczepione co najmniej dwukrotnie szczepionką przeciw COVID 19."

Zgodnie z art. 22^{1b} § 1 Kodeksu Pracy: *"Zgoda osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika może stanowić podstawę przetwarzania przez pracodawcę danych osobowych, o których mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, wyłącznie w przypadku, gdy przekazanie tych danych osobowych następuje z inicjatywy osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika. Przepis art. 221a § 2 stosuje się odpowiednio."*

Powyższy przepis dotyczy danych wrażliwych a więc między innymi stanu zdrowia zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. Żądanie przez Zamawiającego

Wobec tego pracodawca nie ma możliwości przymuszenia swoich pracowników do przedstawienia certyfikatów szczepień bez ich własnej woli.

Co warte zauważenia z dniem 16 maja 2022 r. uchylono Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. 2020.491 z dnia 20 marca 2020 r. ze zm.), w którym w Rozdziale 6a przewidywano obowiązek przeprowadzenia szczepień przeciwko COVID 19 dla osób wykonujących zawód medyczny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. 2011.112.654 z dnia 1 czerwca 2011 r. ze zm.) w podmiotach wykonujących działalność leczniczą oraz osoby wykonujące czynności zawodowe w tych podmiotach, inne niż wykonywanie zawodu medycznego.

Wobec powyższego w chwili obecnej nie ma obowiązku szczepień pracowników wykonujących pracę w podmiotach leczniczych a więc również pracowników wykonujących usługi żywienia.

Podsumowując należy uznać, że w.w warunek jest dyskryminujący, nieprzejrzysty, abstrahuje od zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i jest niezgodny z obowiązującym prawem.

Odnośnie w.w. warunku zastosowanie znajduje tutaj również przywołany w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. - sygn. akt KIO/UZP 1502/08 - Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

W rozdziale XVIII ust. 1 SWZ - OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT Zamawiający przewidział następujące kryterium oceny ofert:

*"e) Oferta wariantowa - 10%
(...)*

*e) Oferta wariantowa ocenie zostanie podane w formularzu ofertowym rozwiązanie wariantowe i innowacyjne pod względem technicznym i organizacyjnym.
Przy ocenie oferty wariantowej będzie również oceniane rozwiązania dla zdarzeń nagłych i nadzwyczajnych."*

Dodatkowo w Rozdziale XXI ust. 1 INFORMACJA DOTYCZĄCA MOŻLIWOŚCI SKŁADANIA OFERT CZĘŚCIOWYCH I WARIANTOWYCH zastrzeżono sposób weryfikacji spełniania tego kryterium: *"Opis sposobu przedstawienia oferty wariantowej Wykonawca podaje w formularzu ofertowym.*

W ofercie wariantowej Wykonawca nie może zaoferować tego samego rozwiązania co w ofercie podstawowej."

Zgodnie z art. 240 Pzp:

"1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach."

W.w kryterium oceny ofert narusza treść art. 240 Pzp.

Jak słusznie wskazuje się w literaturze: *"Swoboda zamawiającego musi być ograniczona, a temu ograniczeniu służy przede wszystkim precyzyjny i jasny opis sposobu dokonywania oceny. Wybór najkorzystniejszej oferty zawsze musi mieć oparcie w przeprowadzonej prawidłowo procedurze oceny ofert. Ustalając katalog kryteriów oceny ofert, ich wagi, a także sposób oceny, zamawiający musi czynić to w odpowiedzi na swoje potrzeby, które dane zamówienie ma zaspokoić. Dla zgodnego ze sztuką opisu kryteriów konieczne jest zatem ustalenie potrzeb zamawiającego, następnie określenie warunków minimalnych, które muszą spełnić wszystkie oferty, a dopiero potem opisanie kryteriów oceny ofert, które powinny prowadzić do premiowania najbardziej*

istotnych z punktu widzenia zamawiającego, cech oferowanych rozwiązań." (tak w: Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany)

Jak wskazano w Wyroku KIO z 6.05.2013 r., KIO 940/13, LEX nr 1319155: „Zamawiający, podejmując decyzję o ustaleniu kryteriów oceny i wyboru ofert, musi mieć na względzie, że w wyniku oceny ich spełniania ma wybrać ofertę, która będzie faktycznie najkorzystniejsza, tzn. zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez SO w W. w wyroku z 16.06.2003 r., V Ca 1213/02, ZPO 2004, Nr 3, poz. 32, najlepiej zaspokoi potrzeby zamawiającego. W świetle takiego poglądu Sądu, który w uzasadnieniu do wyroku stwierdził, że «przetarg organizowany jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej dla użytkownika, a nie najlepszej w świetle jakichś obiektywnych kryteriów», należy przyjąć za właściwe, że zamawiający, ustalając kryteria oceny ofert, kieruje się przede wszystkim własnymi potrzebami, zwracając jedynie uwagę, aby każdy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić, był równo traktowany. Kryteria ustalane przez zamawiającego winny być natomiast jednoznaczne i precyzyjne”.

Kryterium to opisane jest w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały dodatkowo nie zawiera sposobu jego weryfikacji i pozostawia zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

W rozdziale XIII - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT Zamawiający zastrzegł, że jednym kryteriów oceny ofert będzie - Lokalizacja, bliskość położenia Wykonawcy od siedziby Zamawiającego kuchni zapasowej - 30%.

Zamawiający wskazał, że ocenie podlegać będzie lokalizacja, bliskość położenia Wykonawcy kuchni zapasowej tj. pomieszczeń, w których przygotowywane będą posiłki od siedziby Zamawiającego zadeklarowana w załączniku nr 1 spośród wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Opisane powyżej kryterium nie jest kryterium jakościowym, bowiem nie odnosi się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników.

Opisany wyżej sposób oceny ofert w zakresie 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 słuszne 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.

Powyższe potwierdziła również KIO w ostatnim z wyroków z dnia 7 listopada 2022 r. o sygn. akt: KIO 2807/22, która w pełni podzieliła stanowisko prezentowane przez Sąd Okręgowy i Odwołującego.

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.

W dyrektywie klasycznej (dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych) w motywie 92 wskazano, co następuje: *Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów. Odpowiada temu treść art. 67 ust. 4 w/w dyrektywy: Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów. Jak zatem widać, prawodawca europejski wskazał wyraźnie, że państwa członkowskie powinny tak implementować dyrektywę, aby skutecznie weryfikować deklaracje ofertowe w zakresie kryteriów jakościowych.*

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastrzeżone kryterium jest nieweryfikowalne na etapie oceny ofert.

Uzasadnienie zarzutu nr 5

W załączniku nr 1 do SWZ - formularza oferty w ust. 2 pkt e wskazano oświadczenie, które musi złożyć potencjalny Wykonawca: "gwarantujemy utrzymanie stałej ceny przez okres trwania umowy na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia"

Zgodnie natomiast z art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp:

"4) w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy:

(...)

- b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:
- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
 - wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
 - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę."

Dodatkowo zgodnie z art. 439 ust. 1 Pzp: *"Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia."*

W związku z faktem, że ta umowa ta zostaje zawarta na okres 24 miesięcy Zamawiający przewidział zgodnie z treścią w.w. przepisów w § 4 ust. 9 i 10 waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia oraz w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Wobec tego w.w. zapis znajdujący się w formularzu oferty prowadzi do powstania sprzeczności i wobec tego winien zostać wykreślony, gdyż projektowane zapisy umowy nie wprowadzają niezmienności cen, lecz wręcz przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawców przy zaistnieniu pewnych zdarzeń.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak we wstępie.

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 wystania kopii odwołania Zamawiającemu.*