

Łódź, dnia 25 marca 2019 roku

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

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sejnach
ul. Dr E. Rittlera 2, 16-500 Sejny
tel.: +48 875172319
FAX: +48 875172335
e-mail: zamowienia.publiczne@szpital.sejny.pl
www.szpital.sejny.pl

Odwołujący: Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Traktorowa 126, l. 201, 91-204 Łódź
reprezentowany przez:
Monika Zawada- Pełnomocnik
adres do korespondencji:
Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Traktorowa 126 l. 201, 91-204 Łódź
tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@naprzod.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi „Świadczenie kompleksowej usługi całodziennego żywienia pacjentów Szpitala Powiatowego w Sejnach i Zakładu Opieki Zdrowotnej w Sejnach wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchni” ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dnia 15 marca 2019 roku, pod numerem 2019/S 052-119746, nr postępowania 02/ZP/2019.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego - Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych - dalej: Pzp (Dz.U.2018, poz. 1986 t.j. z dnia 16 października 2018 roku), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- art. 91 ust. 2 i 2a Pzp** poprzez nieokreślenie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz niewykazanie w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, a ustalenie, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena (waga 100%), w sytuacji gdy Zamawiający prowadzi postępowanie w procedurze otwartej (tj. przetargu nieograniczonym, zgodnie z art. 27 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE) i jest związany bezwzględnie obowiązującymi wytycznymi określonymi w w art. 91 ust. 2 i 2a Pzp,
- art. 142 ust. 5 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i w zw. z art. 7 Pzp** poprzez nieokreślenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, wysokości

minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 roku o pracowniczych planach kapitałowych - co stanowi obligatoryjny element opisu przedmiotu każdego zamówienia publicznego, bez żadnych wyjątków, w sytuacji gdy umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawarta ma być na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

W związku z powyższym żądam nakazania Zamawiającemu:

- Zmianę punktu II.2.5) ogłoszenia o zamówieniu poprzez wprowadzenie pozacenowego kryterium oceny ofert i ustalenie wagi obu kryteriów:
„Cena - 60%
Doświadczenie - 40%”**
- Zmianę punktu XV SIWZ: „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze ofert wraz z podaniem wag” poprzez wprowadzenie obok kryterium ceny kryterium pozacenowego, i nadanie ww. postanowieniu następującego brzmienia:**

XV. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Nazwa kryterium	Ranga
Cena brutto jednego osobodnia	60%
Doświadczenie Wykonawcy	40%

Oferty zostaną ocenione w ramach kryterium „CENA brutto jednego osobodnia” zgodnie z poniższym wzorem:

$$C - \text{cena} = C_{\min} / C_{\text{of}} \times 60$$

Gdzie:

C_{\min} – najniższa cena brutto osobodnia spośród wszystkich złożonych ofert,

C_{of} - cena brutto osobodnia badanej oferty,

Maksymalna ilość punktów do uzyskania w tym kryterium - 60 pkt.

W kryterium „Doświadczenie Wykonawcy” ocena ofert, niepodlegających odrzuceniu, zostanie dokonana przy zastosowaniu wzoru:

$$D = (D_{\text{zaofer}} / D_{\text{max}}) * 40$$

gdzie:

D_{zaof} - ilość usług zaoferowanych przez Wykonawcę i spełniających opisane kryteria,

D_{max} - największa zaoferowana wśród Wykonawców ilość usług spełniających opisane kryteria,

Punkty zostaną przyznane za przedstawienie każdej usługi **polegającej na świadczeniu usług żywienia pacjentów szpitalnych, (co najmniej 50 żywionych pacjentów poprzez przygotowanie posiłków w kuchni szpitalnej) przez okres min. 36 miesięcy** w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana, wraz z załączeniem dowodu potwierdzającego że usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie, przy czym dowodem, o którym mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych jest wykonywana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Ofercie z największą wykazaną ilością dodatkowych usług, przyznana zostanie maksymalna ilość punktów, a pozostałym ofertom zostanie przyznana proporcjonalnie mniejsza ilość punktów.

Usługi wykazane przez Wykonawcę na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagane zgodnie z Rozdz. III. pkt 2 SIWZ nie podlegają ocenie w ramach kryterium " Doświadczenie wykonawcy".

Maksymalna ilość punktów do uzyskania w tym kryterium - 40 pkt.

Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta uznana zostanie za najkorzystniejszą, tj. otrzyma największą liczbę punktów za oceniane kryterium. Punkty będą liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

3. Zmianę pkt VI.3) ogłoszenia o zamówieniu poprzez dodanie:

„Zamawiający przewiduje zmianę umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zaistnienia zdarzeń, o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp”.

4. Zmianę załącznika nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (tj. projektu umowy) poprzez dodanie do § 12 Umowy ustępów 6-10 w brzmieniu:

„6. Wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie w przypadku zmiany:

a) stawki podatku od towarów i usług

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych

7. W przypadku wskazanym w ust. 6 lit. a) zmianie ulegnie cena jednostkowa usługi brutto. Bez zmiany pozostanie cena jednostkowa usługi netto.

8. W przypadku wskazanym w ust. 6 lit. b-d) - zmianie ulegnie cena jednostkowa usługi netto w ten sposób, że:

a) na podstawie wynagrodzenia z ostatnich 3 miesięcy, a jeżeli okres wykonywania zamówienia jest krótszy - za ten okres - zostanie wyliczone średnie wynagrodzenie miesięczne,

b) Wykonawca przedstawi Zamawiającemu na piśmie wyliczenie wzrostu wszystkich kosztów wykonania usługi, które będzie musiał ponieść w związku ze zmianami, o których mowa w ust. 6 lit. b-d),

c) procentowy stosunek wzrostu kosztów, o których mowa w ust. 8 lit. b) do średniego wynagrodzenia miesięcznego, o którym mowa w ust. 8 lit. a), będzie stanowić wskaźnik waloryzacji,

d) cena jednostkowa usługi netto zostanie powiększona o wskaźnik waloryzacji, o którym mowa w ust. 8 lit. c),

9. Cena jednostkowa usługi netto, wyliczona zgodnie z ust 8, będzie powiększona o należny podatek VAT,

10. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 6 i nie wymaga zawarcia aneksu do umowy”

Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają podstawowe przepisy ustawy Pzp. **Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego** (procedura otwarta to przetarg nieograniczony zgodnie z art. 27 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE), **przewidział zatem zastosowanie wszystkich przepisów, które dotyczą tego trybu, to jest również art. 91 ust. 2 i 2a Pzp. Z kolei każda umowa zawierana w trybie przepisów Pzp trwająca dłużej niż 12 miesięcy, bez względu na przedmiot zamówienia - obligatoryjnie musi zawierać postanowienia o wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany przepisów prawa (art. 142 ust. 5 Pzp).** Opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego jest wadliwy, bowiem nie zawiera obligatoryjnych elementów, o których mowa w art. 91 ust. 2 i 2a Pzp i 142 ust. 5 Pzp. Treść ogłoszenia i SIWZ musi zostać zmieniona, aby zapewnić zgodność Zamawiającego z przepisami Pzp.

UZASADNIENIE

I. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ:

1)

Zgodnie z art. 138o Pzp - jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza niż kwoty określone w art. 138g ust. 1, zamawiający może udzielić zamówienia stosując przepisy ust. 2 -4. W przypadku tego postępowania - Zamawiający nie udziela zamówienia na podstawie przepisów art. 138o ust. 2-4, **ale wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, iż udziela zamówienia stosując procedurę otwartą - tj. przetarg nieograniczony** (zgodnie z art. 27 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE).

Zamawiający w punkcie VI.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale XVIII SIWZ uwzględnił stosowanie przez uczestników postępowania środków ochrony prawnej, w tym odwołań od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego.

Wobec powyższego zgodnie z treścią SIWZ przysługują wykonawcom środki odwoławcze.

2)

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, że we wszystkich postępowaniach dotyczących zamówień na usługi społeczne przysługują środki ochrony prawnej na podstawie art. 179 i 180 Pzp. Przepisy dotyczące środków ochrony prawnej nie przewidują żadnych wyłączeń dotyczących określonego rodzaju postępowań. Również ograniczenia w stosowaniu środków

ochrony prawnej nie przewiduje art. 138o Pzp.

Ustawa Pzp przewiduje w dziale VI środki ochrony prawnej, które służą uczestnikom postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wobec zamawiających, którzy naruszają przepisy ustawy. **W art. 180 ust. 1 i ust. 2 ustawodawca rozróżnił zakres czynności zamawiającego, na które przysługuje odwołanie, w zależności od wartości zamówienia – i jest to jedyne ograniczenie w stosowaniu środków ochrony prawnej przewidziane w Pzp.**

Proces udzielania zamówień publicznych, który prowadzi do wydatkowania środków publicznych – dla zachowania jego przejrzystości, prawidłowości i uczciwej konkurencji musi być poddany kontroli niezależnych organów, które korygują czynności zamawiających w toku postępowania i czuwają nad prawidłowością powierzania zamówień publicznych. Przepisy Pzp dotyczące ochrony prawnej mają znaczenie pierwszorzędne dla procesu udzielania zamówień publicznych i są wyrazem konstytucyjnej zasady prawa do sądu (art. 45, art. 78, art. 176 konstytucji) oraz przejawem realizacji przez ustawodawcę praw człowieka i podstawowych wolności (art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 roku z protokołami dodatkowymi).

Środki ochrony prawnej służą uczestnikom wszystkich postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które zostały uregulowane w ustawie - co stanowi jedną z naczelných zasad prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z tezą nr 122 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE: *"Dyrektywa 89/665/EWG przewiduje określone procedury odwoławcze, które mają być dostępne co najmniej dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a która ucierpiała lub może uciecierać wskutek domniemanego naruszenia unijnego prawa w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów krajowych przenoszących to prawo. Niniejsza dyrektywa nie powinna mieć wpływu na te procedury odwoławcze. Jednak obywatele, zainteresowane podmioty, bez względu na to, czy są zorganizowane, oraz inne osoby lub organy niemające dostępu do procedur odwoławczych na mocy dyrektywy 89/665/EWG, pomimo to mają, jako podatnicy, uzasadniony interes w tym, by procedury zamówień publicznych były należyte. Powinni zatem mieć możliwość - w sposób inny niż poprzez system odwoławczy na mocy dyrektywy 89/665/EWG i bez konieczności występowania przed sądem lub trybunałem - zgłaszania ewentualnych naruszeń niniejszej dyrektywy do właściwego organu lub struktury".* Z treści dyrektywy wynika wprost, że przepisy europejskie nakazują stosowanie ochrony prawnej w zamówieniach publicznych w sposób możliwie najszerszy. Przepisy prawa krajowego powinny umożliwiać weryfikację czynności zamawiających nie tylko wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale wręcz wszystkim obywatelom, z uwagi na to, że w drodze udzielania zamówień publicznych wydatkowane są środki publiczne.

Wyłączenie ochrony prawnej w jakimkolwiek rodzaju postępowań opisanych w ustawie - a tym samym pozbawienie prawa uczestników postępowania do weryfikacji czynności zamawiających przez niezależny organ oraz pozostawienie decyzji zamawiających, nawet stanowiących naruszenie przepisów ustawy Pzp - jako decyzji ostatecznych - jako wyłączenie jednej z naczelných zasad prawa zamówień publicznych - bezwarunkowo musiałoby nastąpić na podstawie konkretnego przepisu ustawy (choć wątpliwości budziłaby konstytucyjność i zgodność z przepisami europejskimi takiego rozwiązania). Ustawa Pzp musiałaby wprost wyłączać prawo do ochrony prawnej w określonych rodzajach postępowań. Takich przepisów prawa, które wyłączają prawo do ochrony prawnej w określonych rodzajach postępowań - na ma w ustawie.

W szczególności przepisem wyłączającym prawo do ochrony prawnej wobec niezgodnych z ustawą czynności zamawiających nie jest art. 138o Pzp. Powyższy przepis kształtuje pewne obowiązki zamawiających dotyczące zamówień na usługi społeczne, których wartość jest mniejsza niż koty określone w art. 138g ust. 1 Pzp. Treść tego przepisu nie stanowi w żadnym z ustępów o wyłączeniu stosowania działu VI Pzp lub o nieprzysługiwaniu w tym postępowaniu jego uczestnikom środków ochrony prawnej.

Skoro prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej jest naczelną zasadą Pzp i środki ochrony prawnej regulują przepisy ogólne - wspólne dla wszystkich rodzajów postępowań, to pozbawienie tego prawa nie może być domniemywane. **Jeśli ustawa wprost nie wyłącza prawa do ochrony prawnej - taka ochrona wykonawcom przysługuje.** Środki ochrony prawnej przysługują w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości równej lub przekraczającej wartość 750.000 euro - co ustawodawca podkreślił w art. 138l Pzp. Środki te przysługują również w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż 750.000 euro - **ponieważ brak jest przepisu, który wyłączałby takie prawo w odniesieniu do tych postępowań.** Gdyby ustawodawca chciał dokonać takiego wyłomu w stosowaniu środków ochrony prawnej i stworzyć rodzaj postępowania wyłączony spod kontroli - musiałby uczynić to wprost.

Taką zasadę legislacyjną widać w samym Pzp: art. 198g Pzp: "*Od wyroku sądu lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie nie przysługuje skarga kasacyjna. Przepisu nie stosuje się do Prezesa Urzędu*".

Podkreślam, że nie można zaakceptować poglądu, że pozbawienie wykonawców środków ochrony prawnej w zamówieniach na usługi społeczne - miałoby stanowić "uproszczenie proceduralne" w tych postępowaniach. Uproszczenia proceduralne mogą dotyczyć terminów, wymogów formalnych, dokumentów, komunikacji z zamawiającym itp. Nie można traktować jako uproszczenia proceduralnego - pozbawienia wykonawców prawa do korzystania z ochrony prawnej.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7 stycznia 1992 roku, K 8/91, OTK 1992 nr 1, poz. 5, wskazuje, że *prawo do sądu ma tak istotną pozycję w prawie, że wykładnia zawężająca jest tu niedopuszczalna, ponieważ nie odpowiadałaby ani celowi, ani charakterowi ustroju RP. Prawo do publicznego wymiaru sprawiedliwości i rzetelnego procesu dotyczy każdego zakresu prawa, a więc karnego, cywilnego, jak również administracyjnego*". Podobnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 marca 2002 roku, P 9/01, OTK-A 2002, nr 2, poz. 14, stwierdzając, że *prawo do publicznego wymiaru sprawiedliwości nie stanowi tylko narzędzia służącego wykonywaniu pozostałych wolności i praw. Jest samoistne oraz chronione bez względu na niedochowanie pozostałych praw podmiotowych. Konstytucyjnie określone prawo do sądu należy rozumieć jako zasadę prawa konstytucyjnego i w tym znaczeniu jest to dyrektywa tworzenia i interpretacji prawa. Prawo do sądu posiada fundamentalne znaczenie dla demokratycznego państwa prawa. Prawem tym powinien być objęty jak najszerszy zakres spraw, przy czym z zasady demokratycznego państwa prawa wynika również zakaz zawężającej wykładni tego prawa* (por. wyrok z 9 czerwca 1998 roku, K 28/97, uzasadnienie wyroku z 16 marca 1999 roku, SK 19/98, wyrok z 11 września 2001 roku, SK 17/00 i inne). Wykładnia przepisów Pzp nie może prowadzić do pozbawienia wykonawców środków ochrony prawnej.

PODKREŚLAM, ŻE ANALIZOWANE ZAGADNIENIE ZOSTAŁO JUŻ ROZSTRZYGNIĘTE W ORZECZNICTWIE. SĄD OKRĘGOWY W OLSZTYNIE, IX WYDZIAŁ CYWILNY, W UZASADNIENIU POSTANOWIENIA Z DNIA 25 SIERPNI 2017 ROKU W SPRAWIE O SYGN. AKT IX CA 807/17 ZE SKARGI PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH ROZSTRZYGNĄŁ W SPOSÓB NIE BUDZĄCY WĄTPLIWOŚCI, ŻE "PRZEPIS ART. 138O PZP NIE STANOWI PRZESZKODY DO WNIOSZENIA ODWOŁANIA PRZEZ WYKONAWCÓW. DUALIZAM POSTĘPOWAŃ O UDZIELENIE ZAMÓWIEŃ NA USŁUGI SPOŁECZNE (ART. 138L PZP I 138O PZP) NIE

INGERUJE W ŻADEN SPOSÓB W ZAKRES UPRAWNIEŃ WYKONAWCÓW ZWIĄZANYCH Z WNOŠZENIEM ODWOŁAŃ DO KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ. (...) PROWADZENIE POSTĘPOWANIA W OPARCIU O PRZEPIS ART. 138O USTAWY PZP, NIE WYKLUCZA WNIESIENIA ODWOŁANIA OD CZYNNOŚCI (BĄDŹ ZANIECHANIA) ZAMAWIAJĄCEGO SPRZECZNEJ Z PRZEPISAMI PZP. OMAWIANA REGULACJA WSKAZUJE, ŹE DO ZAMÓWIEŃ SPOŁECZNYCH O MNIEJSZEJ WARTOŚCI, ZASTOSOWANIE MAJĄ PRZEPISY UST. 2 - 4, KSZTAŁTUJĄC PRZY TYM PEWNE OBOWIĄZKI ZAMAWIAJĄCEGO W POSTĘPOWANIU, NIE ZAŚ PROCEDURY OGÓLNE - W TYM DOTYCZĄCE ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ". Sąd Okręgowy podkreślił, że inne rozumowanie stałoby "w całkowitej sprzeczności z powołanymi wyżej przepisami Konstytucji RP i prawa międzynarodowego" oraz "w całkowitej sprzeczności z przepisem art. 180 ust. 1 Pzp, który - co do zasady - dopuszcza zaskarżalność niezgodnych z przepisami ustawy czynności (bądź zaniechań) zamawiającego. Wyjątki w tym zakresie przewiduje jedynie ust. 2 tego przepisu." (kopia postanowienia w załączeniu).

W ten sam sposób wypowiedział się Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w wyroku z dnia 8 czerwca 2018 roku w sprawie sygn. akt IV Ca 361/18.

O możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 138o Pzp wypowiadają się też przedstawiciele doktryny i praktycy. Przykładowo:

1. „Jednocześnie, pomimo braku wyraźnej regulacji dotyczącej możliwość skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, zasadnym wydaje się stwierdzenie, iż uregulowania dotyczące zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138g ustawy Pzp, nie ingerują w żaden sposób w zakres uprawnień wykonawców związanych z wnoszeniem odwołań do Izby. Przeciwnie, treść art. 138o ustawy Pzp stanowi jedynie, iż do zamówień społecznych mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2-4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne. Zgodnie z powyższym przyjęć należy, iż w postępowaniach na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138g ustawy Pzp, ustawodawca nie zniósł prawa skorzystania z możliwości wniesienia odwołania” (tekst: kancelaria **Pieróg&Partnerzy**:http://www.pierog.pl/media/tms/catalog2/pages/page234/592553fde0d8fodwołanie_w_przypadku_procedury_udzielenia_zamowienia_publicznego_na_uslugi_spoleczne.pdf).
2. „W postępowaniach na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138g [...] p.z.p., ustawodawca nie zniósł prawa skorzystania z możliwości wniesienia odwołania“ (Nowicka Paulina, Odwołanie w przypadku procedury udzielenia zamówienia publicznego na usługi społeczne, Opublikowano: „Zamawiający“ 2017/23/28-29).
3. "Wylączenie stosowania ogólnych reguł do nabywania podprogowych usług społecznych nie wylacza stosowania do tych usług przepisu o umowach i o środkach ochrony prawnej. Odnosi się bowiem wyłącznie do "udzielania zamówienia", tj. znosi obowiązek pewnych czynności zamawiającego przed zawarciem umowy (przed udzieleniem zamówienia). Nie znosi kompetencji organów - prawa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do kontroli oraz kognicji Krajowej Izby Odwoławczej" (W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak - **Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 7. Wydanie, Warszawa 2018, s. 1086**).
4. „W świetle wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie, jak i opinii obecnych w doktrynie, a ponadto brzmienia przepisów dotyczących udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, należy stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi społeczne poniżej progu 750 tys. euro wykonawcom przysługuje odwołanie” (M. Kopacka „Czy w postępowaniu na usługi społeczne, o wartości poniżej progu, można wnieść odwołanie?” Lex, QA 995979).

Warto również zwrócić uwagę na stanowisko Ministerstwa Rozwoju w tym przedmiocie. W odpowiedzi na pytanie Federacji Przedsiębiorców Polskich, Mariusz Haładyj, podsekretarz stanu w resorcie rozwoju stwierdził: „Kluczowe dla rozstrzygnięcia kwestii odwołań w przypadku zamówień o wartości niższej niż progi unijne jest treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, który określa względem jakich czynności przysługuje odwołanie (...). Na wyłączenie możliwości wniesienia odwołania nie wskazuje również treść art. 138o ustawy. Przepis ten nie zawiera bowiem wyłączenia stosowania art 180 ust. 2” (<http://www.zamowienia-publiczne.lex.pl/czytaj/-/artykul/mozna-skladac-odwolania-w-podprogowych-postepowaniach-na-uslugi-spoleczne?refererPlid=10141>).

Powyżej przedstawione stanowisko Sądu Okręgowego w Olsztynie i w Warszawie oraz przedstawiciele doktryny nie powinno budzić wątpliwości, zważywszy, że wartość zamówień na usługi społeczne, o których mowa w tym przepisie mieści się w przedziale od 30.000 euro do 750.000 euro.

W świetle przepisów prawa unijnego, wobec wagi środków ochrony prawnej, w procesie udzielania zamówień publicznych niedopuszczalna jest wykładnia zawężająca przepisów Pzp dotyczących ochrony prawnej, która wyłączałaby prawo do ochrony prawnej. Byłoby to również niezgodne z celem ustawy, którym jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą, ale prawidłową ofertę w postępowaniu przeprowadzonym zgodnie z zasadą przejrzystości, równości, niedyskryminacji. Powyższe ma gwarantować prawidłowość wydatkowania środków publicznych. Wykładnia celowościowa przepisów Pzp prowadzi do wniosku, że przepisów tyczących się ochrony prawnej nie można interpretować w sposób zawężający: wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 roku, sygn. akt: II Ca 1461/16, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w wyroku z dnia 20 stycznia 2017 roku, sygn. akt XII Ga 1018/16, w którym wskazano m.in.: „Skoro ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a zarazem nie wprowadził jakiegokolwiek regulacji zawężającej to pojęcie, to Izba nie jest uprawniona do dokonania swoistej wykładni prawotwórczej, a tak w istocie uczyniła. (...) Izba w sposób arbitralny i nieuzasadniony zawężyła stosowanie tej normy, zawężając same podstawy do wniesienia odwołania zgodnie z tym przepisem, co wyraźnie wynika z treści prezentowanego wyżej stanowiska Izby”, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie w wyroku z dnia 21 marca 2017 roku, sygn. akt: VI Ga 60/17.

Podnieść należy również, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, regulują wysokości wpisu od odwołania w sprawie zamówienia na usługi społeczne poniżej progów:

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1) tego rozporządzenia: *wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest:*

- 1) *mniej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 7.500 zł.*

Zgodnie zaś z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej): *Ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień: na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: a) 750 000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (§ 1 ust. 5 lit. a) w/w rozporządzenia).*

W przypadku zatem odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi społeczne, którego wartość jest mniejsza niż równowartość kwoty 750.000 euro, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania – wpis wynosi 7.500 złotych.

3)

Wobec faktu, że Odwołujący wnosi odwołanie w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, odwołanie jest dopuszczalne w świetle art. 180 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (procedura otwarta to przetarg nieograniczony zgodnie z art. 27 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE), przewidział zatem zastosowanie wszystkich przepisów, które dotyczą tego trybu, to jest również art. 91 ust. 2 i 2a Pzp.

Zamawiający zastosował w postępowaniu tylko jedno wyłączone kryterium oceny ofert - cena 100%. Zamawiający (będący podmiotem z sektora finansów publicznych) - odpowiadający za wydatkowanie środków publicznych - miał obowiązek zastosować również pozacenowe kryterium oceny ofert. Kryterium ceny zaś nie powinno mieć wagi przekraczającej 60%. **W innym przypadku Zamawiający musiałby zawrzeć w SIWZ standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykazać w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Ponieważ Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia powyższych postanowień nie zawarł - kryterium cenowe nie może być w takim wypadku jedynym kryterium oceny ofert.** Opis przedmiotu zamówienia jest zatem wadliwy.

Z kolei każda umowa zawierana w trybie przepisów Pzp trwająca dłużej niż 12 miesięcy, bez względu na przedmiot zamówienia - obligatoryjnie musi zawierać postanowienia o wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany przepisów prawa (art. 142 ust. 5 Pzp). Brak zawarcia w opisie przedmiotu zamówienia postanowień waloryzacyjnych stanowi naruszenie przepisów Pzp stanowiące także naruszenie dyscypliny finansów publicznych. **Brak klauzul waloryzacyjnych - a zatem konieczność uwzględnienia przez wykonawców hipotez co do zmian przepisów w okresie kolejnych 3 lat - powoduje, że oferty będą nieporównywalne, oparte na własnych szacunkach wykonawców, a nie na prawidłowej treści SIWZ.** Zamawiającemu grozi wybór wykonawcy, którego cena nie będzie skalkulowana w sposób prawidłowy, co może skutkować niezrealizowaniem zamówienia w całości. Opis przedmiotu zamówienia jest zatem wadliwy.

Opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez Zamawiającego jest wadliwy, bowiem nie zawiera obligatoryjnych elementów, o których mowa w art. 91 ust. 2 i 2a Pzp i 142 ust. 5 Pzp. Treść ogłoszenia i SIWZ musi zostać zmieniona, aby zapewnić zgodność Zamawiającego z przepisami Pzp.

II. ZARZUT NARUSZENIA ART. 91 UST. 2 I 2A PZP

Zamawiający w II.2.5) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale XV SIWZ pt. „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze ofert wraz z podaniem wag wskazał jako jedyne kryterium oceny ofert cenę. Art. 91 ust. 2 Pzp wyraźnie stanowi jednak, że „kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiot zamówień”. Ponadto, art. 91 ust. 2a Pzp dodatkowo wskazuje, że „zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub

kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art 80 ust. 3”

Zamawiający, pomimo zastosowania ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert, **poprzez nieokreślenie standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz niewykazanie w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia** nie dopełnił obowiązku wynikającego wprost z art. 91 ust. 2a Pzp. **W takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do wprowadzenia pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40% - czego również nie uczynił.** Opis przedmiotu zamówienia przy wskazaniu tylko i wyłącznie kryterium cenowego o wadze 100% - jest wadliwy i sprzeczny wprost z art. 91 ust. 2 i 2a Pzp.

Taki opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na dokonanie wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej, a nie jedynie najtańszej. Stanowi to naruszenie zasad dysponowania i wydatkowania środków publicznych. Środki te powinny być bowiem wydatkowane na sfinansowanie zamówienia realizowanego na podstawie oferty najkorzystniejszej (przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny do kryteriów pozacenowych).

Kryteria oceny ofert i wagi: nie więcej niż 60% dla kryterium ceny oraz nie mniej niż 40% dla kryterium pozacenowego - są wskazane w art. 91 ust. 2a Pzp przez ustawodawcę - jako rozkład wag właściwy dla dokonania prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wówczas bowiem oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i kryteriów pozacenowych. Zawyżona waga kryterium cenowego powoduje, że preferowana jest oferta tańsza w stosunku do oferty o wyższej jakości. Biorąc pod uwagę ostatecznego odbiorcę usługi - pacjenci szpitalni, osoby chore - należy uznać, że niska cena usługi wykonywanej w szpitalu nie może być jedynym argumentem wyboru oferty. Stąd wagi kryterium ceny i kryterium pozacenowego muszą być dostosowane do założeń ustawodawcy.

Odwołujący jednocześnie wskazuje, że, Zamawiający winien był przewidzieć kryterium **jakość** - nadając mu wagę o wartości 40%.

Zaproponowane w odwołaniu kryterium zostało sformułowane w sposób przejrzysty, zawiera także wszelkie niezbędne elementy umożliwiające ocenę przez Zamawiającego poszczególnych ofert, jest również związane w sposób niewątpliwy z przedmiotem zamówienia (patrz: Wyrok TSUE z dnia 24 listopada 2005 roku, C 331/04 - w przedmiocie warunków, jakie powinny pozacenowe kryteria ofert). Zaproponowane kryterium pozwoli Zamawiającemu, w oparciu o przedłożone przez oferentów dokumenty, na wybór oferty najkorzystniejszej, bez narażania się na zarzut arbitralnego wyboru oferty.

II. ZARZUT NARUSZENIA ART. 142 UST. 5 PZP

Zamawiający zaniechał wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu i projekcie umowy (załącznik nr 4 do SIWZ), że wynagrodzenie Wykonawcy, zgodnie z art. 142 ust. 5 Pzp, będzie ulegało zmianie w przypadku zmiany:

1. stawki podatku od towarów i usług,
2. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.
3. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub

wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

4. zasad gromadzenia w wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 roku o pracowniczych planach kapitałowych - jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Na podstawie art. 142 ust. 5 Pzp umowa o zamówienie publiczne zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy musi przewidywać zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych ustawą, a wymienionych powyżej. Zgodnie z literą przepisu, ustawodawca przewiduje **obligatoryjną** waloryzację wynagrodzenia należnego Wykonawcy w wypadku właściwych zmian mających wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Zamawiający, w pkt. II SIWZ określił termin wykonania zamówienia na **36 miesięcy**, a więc na okres dłuższy niż 12 miesięcy - miał ustawowy obowiązek przewidzieć waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy.

Nieokreślenie zasad zmiany wynagrodzenia Wykonawcy powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest niepełny. Informacja o zasadach zmiany wynagrodzenia, w przypadku wystąpienia określonych w art. 142 ust. 5 Pzp zmian w przepisach prawa mających wpływ na koszty wykonania zamówienia publicznego, ma charakter zasadniczy i stanowi obligatoryjną część SIWZ. Przy braku wykonania tego obowiązku sporządzenie prawidłowej oferty jest niemożliwe.

Każda umowa zawierana w trybie przepisów Pzp trwająca dłużej niż 12 miesięcy, bez względu na przedmiot zamówienia - obligatoryjnie musi zawierać postanowienia o wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany przepisów prawa (art. 142 ust. 5 Pzp). Brak uregulowania postanowień waloryzacyjnych w opisie przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie przepisów Pzp stanowiące także naruszenie dyscypliny finansów publicznych. **Brak klauzul waloryzacyjnych - a zatem konieczność uwzględnienia przez wykonawców własnych szacunków co do zmian przepisów w okresie kolejnych 3 lat - powoduje, że oferty będą nieporównywalne, oparte na hipotezach, a nie na prawidłowej treści SIWZ.** Zamawiającemu grozi wybór wykonawcy, którego cena nie będzie skalkulowana w sposób prawidłowy, co może skutkować niezrealizowaniem zamówienia w całości. Opis przedmiotu zamówienia jest zatem wadliwy.

Przy braku wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia klauzul waloryzacyjnych - wykonawcy na etapie przygotowywania swojej oferty, nie są w stanie przewidzieć, czy Zamawiający zgodzi się na zmianę wynagrodzenia, w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 142 ust. 5 Pzp (zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa). Brak przekazania takiej wiedzy wykonawcom stanowi o nadużywaniu pozycji dominującej przez organizatora przetargu (w zależności od okoliczności i wykonawcy wybranego - Zamawiający może zgodzić się na waloryzację wynagrodzenia lub nie) i powoduje zakłócenie prawidłowego funkcjonowania rynku.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego - podmiot sektora finansów publicznych - przepisów Pzp wskazujących na obligatoryjną treść SIWZ i ogłoszenia - SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu wymagają korekty.

Wobec powyższego odwołanie uważam za uzasadnione i wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

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