

Łódź, dnia 10 lipca 2023 roku

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

Zamawiający: Szpital Średzki Serca Jezusowego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Żwirki i Wigury 10, 63-000 Środa Wielkopolska
KRS: 0000497065
NIP: 2090003114
Tel.: 61 285-40-31
E-mail: zamowienia@szpitalsredzki.pl
adres strony: https://platformazakupowa.pl/pn/szpital_sredzki

Odwołujący: Naprzód Catering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126/301, 91-204 Łódź
KRS: 0000601008, NIP: 6772398589
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowana przez pracownika – Ewę Grzelak
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na usługi społeczne o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. „*Usługa całodziennego żywienia pacjentów Szpitala Średzkiego Serca Jezusowego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 lipca 2023 roku pod numerem: 2023/BZP 00288660/01 numer referencyjny: ZP/15/23

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego Naprzód Catering 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 (tekst jednolity: Dz.U. z 2022 roku, poz. 1710 z dnia 16 sierpnia 2022 roku zwany dalej „Pzp.”):

1. **Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia – tj.:
 - 1.1. niewłaściwego określenia w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) warunku udziału w postępowaniu polegającego na tym, że Wykonawca wykaże, że jest wpisany do rejestru zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność, podległych urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej jako warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.
- I. **zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**
 1. **art. 112 ust 2 pkt 2) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z § 7 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy I Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać**

zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415 z dnia 30 grudnia 2020 r.) poprzez określenie warunku udziału polegającego na tym, że Wykonawca winien wykazać, że jest wpisany do rejestru zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność, podległych urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej jako warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów podczas gdy:

1. warunek ten w rzeczywistości nie dotyczy uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wynikających z odrębnych przepisów (działalności regulowanej) a żądany środek podmiotowy nie jest zgodny z treścią Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy I Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy **albowiem warunek ten dotyczy zdolności technicznej;**
2. tak zastrzeżony warunek udziału w postępowaniu nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także ogranicza krąg wykonawców mogących starać się o udzielenie zamówienia.

II. wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1: wykreślenie z ogłoszenia o zamówieniu i SWZ warunku udziału polegającego na tym, że Wykonawca wykaże, że jest wpisany do rejestru zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność, podległych urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej i określenie go jako warunek dot. zdolności technicznej lub zawodowej

proponujemy:

- usunięcie w ogłoszeniu o zamówienia podpunktu 2) pkt 5.4) Sekcji V - Kwalifikacja Wykonawców w rozdziale VIII SWZ oraz dodanie do podpunktu 4) pkt 5.4) Sekcji V podpunktu lit. e) o dotychczasowej treści przewidzianego warunku;
- usunięcie dotychczasowej treści ust. 1 pkt 2) Rozdziału XII SWZ - Warunki Udziału w Postępowaniu i dodanie do pkt 4) lit. e) o dotychczasowej treści przewidzianego warunku;

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

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

W myśl art. 112 Pzp:

"1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) *zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;*
- 2) *uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*

- 3) *sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
- 4) *zdolności technicznej lub zawodowej."*

Zgodnie z § 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 poz. 2415): "*§ 7. 1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej.*

2. W przypadku zamówień na usługi, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać:

1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;

2) dokumentu potwierdzającego status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania."

Zgodnie natomiast z art. 16 ust. 1 Pzp: "*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;"*

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji V - kwalifikacja wykonawców i rozdziale XII SWZ - Warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określił następujący warunek dot. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej: "*Zamawiający uzna spełnienie przez Wykonawcę tego warunku, jeżeli Wykonawca wykaże, że jest wpisany do rejestru zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność, podległych urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej."*

Sklasyfikowanie żądania Zamawiającego, aby Wykonawca wykazał, że jest wpisany do rejestru zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność, podległych urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej jako odnoszącego się do dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, narusza przepisy Prawa Zamówień Publicznych.

Powyżej zastrzeżony przez Zamawiającego warunek udziału nie dotyczy uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (działalności regulowanej) wynikających z odrębnych przepisów a żądany środek podmiotowy nie jest zgodny z treścią Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Uzyskanie przez potencjalnego Wykonawcę wpisu do rejestru zakładów podlegających kontroli Sanepidu nie jest dokumentem dotyczącym rejestru działalności regulowanej tak jak to określono w treści w.w. rozporządzenia dot. podmiotowych środków dowodowych.

Działalność gastronomiczna (żywienia zbiorowego) nie jest działalnością regulowaną w rozumieniu art. 43 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2023 r. poz. 221)

i nie jest wpisywana do specjalnego rejestru.

Wpisanie do w.w. rejestru dotyczy tak naprawdę zdolności technicznych potencjalnego Wykonawcy, bowiem odnosi się do niezbędnych zasobów, którymi musi się wykazać Wykonawca.

Mając na względzie powyższe warunek ten winien zostać zaklasyfikowany jako warunek odnoszący się do zdolności technicznych lub zawodowych Wykonawcy.

Rejestr ten dotyczy konkretnego zakładu - kuchni, w której wytwarzane będzie żywność a nie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.

Państwowa Inspekcja Sanitarna sprawdza zgodność z przepisami Ustawy z dnia z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U.2022.2132 t.j. z dnia 2022.10.18) warunków technicznych i wyposażenia zakładów w znaczeniu przedmiotowym a nie odnośnie zdolności podmiotów (potencjalnych Wykonawców) do wykonywania danej działalności.

W konsekwencji nieprawidłowa jest klasyfikacja warunku, jako odnoszącego do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także znacząco ogranicza krąg wykonawców mogących starać się o udzielenie zamówienia.

Zastrzeżenie tego warunku jako warunku udziału w postępowaniu jak warunku dot. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej znacząco ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Tak zastrzeżony warunek prowadzi m.in. do promowania Wykonawców lokalnych a także niemożliwości skorzystania przez potencjalnego Wykonawcę z możliwości udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie przewidzianych w art. 118-123 Pzp.

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.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie wysłania kopii odwołania zamawiającemu.