

Wrocław, dnia 10 marca 2022 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02- 676 Warszawa

Odwołujący:

Impel S.A.

ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

KRS: 0000004185

NIP: 8990106769

Numer telefonu: 510015097

Adres poczty elektronicznej: e.sitarek@impel.pl

Przedstawiciel (imię i nazwisko): Emilia Sitarek

Zamawiający:

Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie

Krajowy numer identyfikacyjny: 110196908

ul. Ceramiczna 1; 22-100 Chełm

E-mail: urszula.sobocinska-koszuta@szpital.chelm.pl

Tel.: +48 825623247 Faks: +48 825623247

www.szpital.chelm.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług codziennego i całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publicznym Woj. Szpitalu Specjalistycznym w Chełmie wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu”.

Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

Nr ogłoszenia **2022/S 041-107416** z dnia 28 lutego 2022 roku.

Świadczenie usług codziennego i całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publicznym Woj. Szpitalu Specjalistycznym w Chełmie wraz z dzierżawą kuchni i prowadzeniem bufetu. Numer referencyjny: ZP.3311.11.2022.

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

- 1) art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- 2) art. 433 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień abuzywnych,
- 3) art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego określenia w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

UZASADNIENIE

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie.

W dniu 28 lutego 2022 roku zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ dotyczące przedmiotowego zamówienia. W ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

1.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w projekcie umowy w Załączniku nr 5 (por. postanowienie § 2 ust. 9) wskazał, że:

„Podana w ust. 1 wartość brutto umowy jest konsekwencją jedynie szacunkowej ilości osobodni wskazanych w ust. 2, w związku z powyższym Wykonawca w zależności od potrzeb Zamawiającego w okresie trwania umowy jest zobowiązany do realizacji umowy w ilości osobodni mniejszych lub większych w stosunku do wyżej wymienionej szacunkowej ilości osobodni. W związku z powyższym wartość brutto umowy o której mowa w ust. 1 może ulec zmianie w okresie trwania umowy”.

W ocenie Odwołującego takie brzmienie postanowienia § 2 ust. 9 umowy narusza przepis art. 16 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez złamanie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wskazać należy, że Zamawiający na gruncie przepisu art. 433 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych przy opisie zasad zmiany (ograniczenia) zakresu przedmiotu zamówienia publicznego zaniechał wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Odwołujący podkreśla, że Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SWZ i umowy, gdyż Wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi. Modyfikacja umowy w trybie opisanym przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony Wykonawcy, zatem wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia nie mogą odbywać się automatycznie tj. zmiana zakresu usługi nie może oznaczać proporcjonalnej zmiany wynagrodzenia. Każda modyfikacja przedmiotu umowy winna wymagać formalnej zgody obu Stron także co do konkretnej zmiany wynagrodzenia.

Według Odwołującego Zamawiający, dążąc do minimalizacji cen w ofertach, winien być zainteresowany jasnym i realnym wskazaniem "gwarantowanego" zakresu udzielanego przedmiotu zamówienia, co spowoduje, że Wykonawcy nie będą w cenie ofert wkalkulowywać ryzyka wynikającego z ewentualnego "niezamówienia usług".

Odwołujący podkreśla, że w uzasadnieniu do ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.) ustawodawca wyraźnie wskazuje się zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Dopełnieniem jest przykładowy katalog abuzywnych klauzul wskazany w art. 433 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.). W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez

Zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki powodują potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowienia umowne nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowienia projektu umowy i wskazanie przez Zamawiającego realnej, minimalnej wartości zamówienia, np. gwarantując 80% wartości zamówienia.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 2 ust. 9 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:

„Podana w ust. 1 wartość brutto umowy jest konsekwencją jedynie szacunkowej ilości osobodni wskazanych w ust. 2, w związku z powyższym Wykonawca w zależności od potrzeb Zamawiającego w okresie trwania umowy jest zobowiązany do realizacji umowy w ilości osobodni mniejszych lub większych w stosunku do wyżej wymienionej szacunkowej ilości osobodni. W związku z powyższym wartość brutto umowy o której mowa w ust. 1 może ulec zmianie w okresie trwania umowy. Strony wspólnie ustalą w formie pisemnego aneksu zasady wprowadzenia takiej zmiany oraz wysokość wynagrodzenia umownego należnego Wykonawcy. Ograniczenie zakresu zamówienia, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie może skutkować zmniejszeniem łącznej wartości netto usług, stanowiących przedmiot umowy, do wartości niższej niż 80 % kwoty, o której mowa w ust. 1.”.

2.

Na gruncie przepisu art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w projekcie umowy w Załączniku nr 5 (por. postanowienie § 10 ust. 1-5) zaniechał wskazania maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 439 ustawy prawo zamówień publicznych:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

ŻĄDANIE

Odwołujący wnosi o wprowadzenie przez Zamawiającego do projektu umowy w postanowieniu § 10 ust. 5 drugiego zdania według brzmienia poniższego lub równoważnego:

„Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wynosi łącznie 15% w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto Wykonawcy, o którym mowa w postanowieniu § 2 ust. 1.”

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.