

Łódź, dnia 9 grudnia 2024 roku

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

Zamawiający: Szpital Powiatowy im. Jana Pawła II w Trzciance
z siedzibą w Trzciance
ul. Sikorskiego 9, 64-980 Trzcianka
KRS: 0000003715; NIP: 7631439453
Tel.: (067) 35 23 282, (067) 35 23 100

E-mail: jerzy.gliniewicz@szpital-trzcianka.pl
lebiodad@szpital-trzcianka.pl
www.szpital-trzcianka.pl

Odwołujący: Naprzód Catering sp. z o.o.
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 301, 91-204 Łódź
KRS: 0000601008
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Magdalenę Binczarską
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 – dalej „P.z.p.”) z uwzględnieniem przepisów właściwych dla zamówień na usługi społeczne – art. 359 pkt 2 P.z.p., o wartości nie przekraczającej 750 000 euro, pn. „Wykonywanie i dostarczanie posiłków dla pacjentów Szpitala Powiatowego im. Jana Pawła II w Trzciance”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 grudnia 2024 roku pod numerem: 2024/BZP 00632407, numer referencyjny: 14/ZP/24.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Naprzód Catering sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1) P.z.p.:

- I. Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. na projektowane postanowienia umowy;
- II. Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**
 - 1. art. 433 pkt 4) P.z.p.** poprzez określenie w § 4 ust. 1 projektu umowy, że Zamawiający będzie wypłacał wykonawcy wynagrodzenie wyliczone według stawki za całodzienné wyżywienie jednej osoby, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
 - 2. art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p.** poprzez jego niezastosowanie i nieokreślenie w projekcie umowy zasad 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, pomimo że umowa o udzielenie zamówienia publicznego ma być zawarta na okres od dnia 1.01.2025 do dnia 31.12.2027; względnie określenie tych zasad nieprawidłowo poprzez uzależnienie możliwości zmiany wynagrodzenia od „znaczącej zmiany kosztów”, określenie, że zmiana nie może wystąpić częściej niż co 6 miesięcy.

3. **art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1), ust. 2 pkt 2 li. b) P.z.p.** poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i określenie w § 4 ust. 4 projektu umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób wadliwy, wobec zaniechania określenia poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniającego wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, a jedynie określenie poprzez użycie niejasnego sformułowania „znacząca zmiana”, a nadto niejasne określenie katalogu kosztów stanowiących podstawę zmiany wynagrodzenia;

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. **w zakresie zarzutu nr 1** – określenie minimalnej ilości / wartości zamawianych posiłków oraz skutków naruszenia tego minimum, np. poprzez wprowadzenie w projekcie umowy – w § 4 ust. 1 – zdania czwartego w proponowanym brzmieniu:
„Szpital gwarantuje składanie dziennych zamówień o wielkości minimalnej 80 posiłków całodziennych ma dobę. W przypadku, gdy średnia z danego miesiąca wielkość dziennych zamówień będzie niższa, Szpital zapłaci Usługodawcy odszkodowanie w wysokości różnicy pomiędzy wynagrodzeniem miesięcznym ustalonym w oparciu o faktyczną ilość wydanych posiłków całodziennych a wynagrodzeniem, które uzyskałby Usługodawca, gdyby średnia dzienna wielkość zamówień posiłków całodziennych wyniosła 80.”
2. **w zakresie zarzutu nr 2** – określenie zasad 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 2024 r. poz. 427),- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

np. poprzez wprowadzenie w projekcie umowy – po § 4 jednostki redakcyjnej § 4¹ w proponowanym brzmieniu:

„1. Stosownie do art. 436 pkt 4 lit. b) wynagrodzenie Usługodawcy określone w § 2 ust. 1 niniejszej Umowy ulegnie zmianie, 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 2024 r. poz. 427),
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Usługodawcę.
2. Strona ubiegająca się o zmianę wysokości wynagrodzenia złoży drugiej stronie Umowy informację, w której opisz, jak zmiana przepisów, o których mowa w ust. 1 powyżej, wpływa / wpłynie na koszty wykonania zamówienia przez Usługodawcę.
 3. W przypadku zmiany wynagrodzenia, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 tiret drugie-czwarte, w informacji, o której mowa w ust. 2 powyżej, należy dokonać porównania kosztów Usługodawcy z ostatniego miesiąca sprzed wejścia w życie zmiany przepisów z kosztami z pierwszego miesiąca po ich zmianie.
 4. Zmiana wynagrodzenia Usługodawcy wejdzie w życie od dnia zmiany przepisów, o których mowa w ust. 1 powyżej.”

3. w zakresie zarzutu nr 3 – doprecyzowanie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez określenie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniającego wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, np. poprzez zmianę projektu umowy – § 4 ust. 4 – poprzez nadanie mu brzmienia:

„W wypadku zmiany kosztów przygotowania posiłków (w tym m.in. kosztów produktów spożywczych, kosztów najmu, o których mowa w § 6 ust. 2 i § 8 ust. 2) o co najmniej 5% w stosunku do kosztów przyjętych w miesiącu złożenia oferty, stawka wynagrodzenia ulegnie zmianie o kwotę udokumentowanego wzrostu tych kosztów. Pierwsza zmiana wynagrodzenia może mieć miejsce nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia złożenia oferty, a każda kolejna po upływie 6 miesięcy od poprzedniej zmiany.”

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 P.z.p.

Uzasadnienie

W dniu 4 grudnia 2024 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w przedmiocie usługi pn. „Wykonywanie i dostarczanie posiłków dla pacjentów Szpitala Powiatowego im. Jana Pawła II w Trzciance”.

Zamówienie ma być udzielone na okres od dnia 1 stycznia 2025 roku do dnia 31 grudnia 2027 roku.

Przedstawiony jako załącznik do SWZ projekt umowy jest niezgodny z przepisami ustawy P.z.p. w zakresie niżej przedstawionym:

Zarzut 1 – art. 433 pkt 4 P.z.p.

W punkcie 3.2. SWZ Zamawiający podał szacowane średnie zapotrzebowanie na posiłki całodienne w liczbie ok. 100. W § 4 ust. 1 projektu umowy Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie Usługodawcy wyliczone będzie według stawki za całodienne wyżywienie i liczby faktycznie dostarczonego wyżywienia. Zamawiający nie określił ani minimalnej liczby zamawianych dziennie posiłków, ani ich wartości. Tym samym Zamawiający może zamawiać dowolną liczbę posiłków, a nawet nie zamawiać ich wcale. Tak określone postanowienia projektu umowy naruszają zakaz przewidywania w projekcie umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Wobec powyższego istnieje konieczność określenia gwarancji ilości zamawianych posiłków oraz skutków naruszenia przez Zamawiającego tej gwarancji. Odwołujący proponuje, aby Zamawiający zobowiązał się do zamawiania co najmniej 80 całodziennych posiłków. W przypadku gdyby średnia dzienna obliczona w danym miesiącu wyniosła mniej, Usługodawcy powinno przysługiwać odszkodowanie.

Zarzut nr 2 – art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p.

Umowa o udzielenie zamówienia ma być zawarta na okres od dnia 1 stycznia 2025 roku do dnia 31 grudnia 2027 roku, a więc przekraczający 12 miesięcy. Wobec tego – zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p. umowa powinna przewidywać „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 2024 r. poz. 427),
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.”

Projekt umowy nie przewiduje zasad 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.

Z ostrożności należy podnieść, że w § 4 ust. 4 Zamawiający wskazał, że:

„W wypadku znaczącej zmiany kosztów przygotowania posiłków, stawka wynagrodzenia może ulec podwyższeniu nie częściej niż raz na 6 miesięcy o kwotę udokumentowanego wzrostu cen produktów oraz kosztów pracy.”

Użycie pojęcia „kosztów pracy” można odnosić do sytuacji wskazanych w art. 436 pkt 4 lit. b) tiret drugie-czwarte P.z.p. Jeśli taka jest intencja Zamawiającego, to w tym zakresie to postanowienie jest nieprawidłowe, ponieważ uzależnia wzrost wynagrodzenia Usługodawcy od „znaczącej zmiany kosztów”, podczas gdy nie jest dopuszczalne limitowanie zmiany wynagrodzenia na tej podstawie. Również niedopuszczalne jest ograniczenie częstotliwości zmiany wynagrodzenia w przypadkach określonych w art. 436 pkt 4 lit. b) tiret drugie-czwarte P.z.p., bowiem zmiana wynagrodzenia powinna mieć miejsce tak często zmieniają się koszty związane z zatrudnieniem pracowników.

Wobec powyższego konieczne jest nakazanie Zamawiającemu określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia zgodnych z art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p. Odwołujący zaproponował wzór takich postanowień.

Zarzut nr 3 – art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1), ust. 2 pkt 2 li. b) P.z.p.

W § 4 ust. 4 projektu umowy Zamawiający wskazał, że:

„W wypadku znaczącej zmiany kosztów przygotowania posiłków, stawka wynagrodzenia może ulec podwyższeniu nie częściej niż raz na 6 miesięcy o kwotę udokumentowanego wzrostu cen produktów oraz kosztów pracy.”

Tak określona klauzula waloryzacyjna jest nieprawidłowa, ponieważ uzależnia wzrost wynagrodzenia Usługodawcy od „znaczącej zmiany kosztów”. Tym samym Zamawiający nie określił poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia Usługodawcy. Zamawiający określił częstotliwość zmiany, ale nie określił początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia.

Niejasne jest również określenie katalogu kosztów stanowiących podstawę zmiany wynagrodzenia. Z jednej strony Zamawiający wskazuje, że do zmiany wynagrodzenia Usługodawcy konieczna zmiana kosztów przygotowania posiłków, jednak zmiana wynagrodzenia nastąpi o kwotę udokumentowanego wzrostu cen produktów oraz kosztów pracy. O kosztach pracy mowa była w zarzucie 2.

Podkreślenia wymaga, że produkty i praca nie stanowią jedynych kosztów przygotowania posiłków. Istotnym kosztem jest również czynsz najmu, obejmujący opłatę za lokal oraz koszty związane: ze zużyciem energii elektrycznej, ciepłej i zimnej wody, z centralnym ogrzewaniem, z odprowadzaniem ścieków, z wywozem odpadów komunalnych, oraz podatek od nieruchomości. Zgodnie z § 7 projektu umowy, Zamawiający może zmienić czynsz najmu., proporcjonalnie do wzrostu kosztów mediów. Zmiana czynszu najmu wpływa na koszt produkcji posiłków, a więc powinna być uwzględniona przy podstawie zmiany wynagrodzenia Usługodawcy.

W § 8 ust. 2 Zamawiający obciążył Usługodawcę koniecznością dokonywania remontów, konserwacji i napraw bieżących pomieszczeń kuchennych bez prawa żądania zwrotu poniesionych na ten cel nakładów. Nie mniej jednak, w przypadku wzrostu tych kosztów w stosunku do kosztów założonych przy składaniu oferty, Usługodawcy powinno przysługiwać prawo do zmiany wynagrodzenia na podstawie § 4 ust. 4 projektu umowy (w związku z art. 439 ust. 1 i 2 P.z.p.)

Mając na uwadze długość zawieranej umowy (36 miesięcy) konieczne jest ustalenie, że do pierwszej zmiany może dojść po upływie 6 miesięcy, a do każdej kolejnej w okresach 6-miesięcznych.

Regulacja art. 439 ust. 1 P.z.p. ma pozwalać zamawiającym i wykonawcom na dostosowywanie wzajemnych świadczeń do warunków panujących w trakcie wykonywania zamówienia. Przepis ten ma również na celu zapobieganie przeliczeniu na wykonawcę całości ryzyka wynikającego ze zmieniających się stosunków gospodarczych. W ostatecznym rozrachunku jest to również korzystne dla zamawiających, gdyż stabilizuje relację kontraktową stron i w mniejszym stopniu naraża zamawiającego na ryzyko wyjścia wykonawcy z umowy przed terminem, na jaki została zawarta (*por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r., KIO 3600/21, opubl. w LEX nr 3351504*).

W załączeniu:

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 przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.