

Łódź, dnia 30 sierpnia 2019 roku

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

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego
w Łodzi
ul. Pomorska 251, 92-213 Łódź
tel.: +48 426757484
www.csk.umed.pl

Odwołujący: CATERMED Spółka Akcyjna
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź

reprezentowani przez pełnomocnika:

Magdalenę Kolińską

adres do doręczeń:

CATERMED S.A.

ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź

tel. 42-640-57-77,

fax: 42-257-28-16

e-mail: przetargi@naprzod.pl

Dotyczy: przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 – dalej: Pzp) na „Przygotowywanie całodziennych posiłków dla pacjentów z uwzględnieniem zaleceń dietetycznych oraz ich dostarczanie do Centralnego Szpitala Klinicznego UM w Łodzi”, Sprawa nr ZP/64/2019, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 159-392734 w dniu 20 sierpnia 2019 roku.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu CATERMED Spółka Akcyjna (dalej: Odwołujący), na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp:

I. wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego, tj. wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);

II. zarzucam Zamawiającemu naruszenie przepisu:

- art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp** poprzez określenie wzoru umowy (Część B – Zakres rzeczowy Specyfikacji Wykonania Zamówienia) w sposób sprzeczny z SIWZ w zakresie postanowień określających możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, z uwagi na określenie gwarancji utrzymania stawki cenowej przez cały okres obowiązywania umowy oraz wymogu 12-miesięcznego okresu niezmienności cen od dnia zawarcia umowy, w sytuacji gdy SIWZ przewiduje możliwość zmiany *cen* w wyniku *zaistnienia przepisów obowiązujące od dnia wejścia w życie przepisów ją wprowadzających (w zakresie stawki podatku od towarów i usług) albo w terminie 14 dni od dnia przestania zawiadomienia (w przypadku pozostałych zmian przepisów)*;
- art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 142 ust. 5 Pzp** poprzez określenie istotnych dla stron postanowień umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wejścia zmiany przepisów (wymienionych w art. 142 ust. 5 lit a-d Pzp) mających wpływ na koszty wykonania zamówienia publicznego, w sposób niezgodny z treścią przepisu, z uwagi na określenie 12-miesięcznego okresu niezmienności ceny oraz ustalenie, że do zmiany w zakresie zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, dojdzie w drodze negocjacji;
- art. 36 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp** poprzez wskazanie opis sposobu przygotowywania ofert uniemożliwiającego zweryfikowanie jej poprawności, z uwagi na konieczność wpisania oświadczenia z treści pkt 7 formularza ofertowego do jądrospisu

dekadowego, który to jadłospis nie jest składany wraz z ofertą, a dopiero w trybie art. 24aa Pzp;

III. **wnoszę o nakazanie Zamawiającemu** dokonania przykładowej zmiany SIWZ w zakresie:

1. wykreślenie z § 11 Część B – Zakres rzeczowy Specyfikacji Wykonania Zamówienia (wzór umowy): ust. 2 i ust. 12 zd. 1 oraz z ust. 13 zd. 3;
2. zmiany w rozdziale XVI SIWZ pkt 7 poprzez nadanie mu brzmienia: „Zmiana ceny w wyniku zaistnienia okoliczności, o których mowa w pkt 3, obowiązuje od dnia wejścia w życie przepisów ją wprowadzających.” oraz wykreślenie zd. 2;
3. zmianę pkt 7 zd. 1 formularza ofertowego (po tabeli dotyczącej Pakietu nr 2) poprzez nadanie mu brzmienia: „Powyższa oferta wykonania usługi zostanie zapisana w przedstawionym jadłospisie dekadowym, stanowiącym załącznik do oferty.”;
4. wykreślenie z pkt 7 o formularza ofertowego zdania ostatniego w brzmieniu „który zostanie przedstawiony na wezwanie Zmawiającego.”

IV. **Oświadczam, iż Odwołujący ma interes prawny** w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ prowadzi działalność gospodarczą w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Wobec powyższego Odwołujący ma możliwość ubiegania się o zamówienie.

UZASADNIENIE

W dniu 20 sierpnia 2019 roku Zamawiający zamieścił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na „Przygotowywanie całodziennych posiłków dla pacjentów z uwzględnieniem zaleceń dietetycznych oraz ich dostarczanie do Centralnego Szpitala Klinicznego UM w Łodzi”.

Zgodnie z pkt 2.7 Sekcji II ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt IV SIWZ termin realizacji zamówienia wynosi 36 miesięcy.

Uzasadnienie zarzutów

Ad 1) Postanowienia wzoru umowy pozostają w sprzeczności z postanowieniami SIWZ dotyczącymi istotnych postanowień umowy w zakresie, w jakim Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Zgodnie z pkt 3 rozdziału XVI SIWZ:

„3. Zamawiający przewiduje możliwość zmian w zakresie art. 142 ust. 5 Pzp, tj. postanowień określających zasady zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w umowie zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, jeśli zmianie ulegną:

- a. **wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę pod warunkiem, że zmiana ta skutkować będzie zwiększeniem kosztów po stronie Wykonawcy związanych z realizacją Umowy.**
- b. **zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, pod warunkiem wykazania przez Wykonawcę rzeczywistego wpływu zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne na zwiększenie kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy.**
- c. **zasady gromadzenia i wysokość wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych pod warunkiem wykazania przez Wykonawcę rzeczywistego wpływu zmian zasady gromadzenia i wysokość wpłat do pracowniczych planów kapitałowych na zwiększenie kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy.**

W każdym przypadku Wykonawca ma obowiązek w terminie 30 dni od zmiany złożyć do Zamawiającego pisemny wniosek, w którym musi wykazać rzeczywisty wpływ zmian opisanych w punktach a-d na zwiększenie kosztów realizacji Umowy, przedstawiając w tym szczegółowe wyliczenia i zależności między zmianą a wzrostem kosztów realizacji Umowy. Zamawiający w terminie 10 dni od dnia złożenia wniosku ocenia czy Wykonawca wykazał rzeczywisty wpływ zmiany na wzrost kosztów realizacji Umowy.

Po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Strony przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto.

4. Strona zgłaszająca propozycję zmiany umowy zobowiązana jest przedstawić uzasadnienie jej wprowadzenia.

5. [...]

6. [...]

7. Zmiana ceny w wyniku zaistnienia okoliczności, o których mowa w pkt 3a) obowiązuje od dnia wejścia w życie przepisów ją wprowadzających. Pozostałe zmiany wymienione w pkt. 3 mogą być dokonane na wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego, w terminie do 14 dni od przesłania zawiadomienia, w formie aneksu do umowy."

Natomiast w Załączniku nr 1 do SIWZ (wzór umowy) – w § 11 ust. 2 – Zamawiający wskazał, że:

„Wykonawca gwarantuje utrzymanie powyższej stawki cenowej przez cały okres obowiązywania umowy.”

Ponadto w § 11 ust. 12 i 13 Zamawiający wskazał, że:

„12. Wymagany przez Zamawiającego okres niezmienności cen – 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zmiana cen będzie każdorazowo uzgodniona między stronami w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian w zakresie art. 142 ust. 5 Pzp, tj. postanowień określających zasady zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w umowie zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, jeśli zmianie ulegną:

- 1) stawki podatku od towarów i usług (obowiązuje od dnia wejścia w życie przepisów ją wprowadzających),
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
- 4) zasady gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych

– jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

13. W każdym przypadku Wykonawca ma obowiązek w terminie 30 dni od zmiany złożyć do Zamawiającego pisemny wniosek, w którym musi wykazać rzeczywisty wpływ zmian opisanych w punkcie 12 ppkt. 2)-4) na zwiększenie kosztów realizacji Umowy, przedstawiając w tym szczegółowe wyliczenia i zależności między zmianą a wzrostem kosztów realizacji Umowy. Zamawiający w terminie 10 dni od dnia złożenia wniosku ocenia czy Wykonawca wykazał rzeczywisty wpływ zmiany na wzrost kosztów realizacji Umowy. Po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Strony przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto.”

Wzór umowy zawiera zatem postanowienia nieprzewidziane w SIWZ, a mianowicie, że:

1. Wykonawca gwarantuje utrzymanie stawki cenowej przez cały okres obowiązywania umowy; oraz
2. Zamawiający wymaga 12-miesięcznego okresu niezmienności cen od dnia zawarcia umowy.

Z kolei z pkt 7 rozdziału XVI SIWZ wynika, że zmiana wysokości wynagrodzenia wchodzi w życie z dniem wejścia w życie zmiany przepisów wprowadzających zmianę stawki podatku od towarów i usług, a w przypadku pozostałych zmian w przepisach, w terminie 14 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wejściu w życie zmian powodujących zmianę kosztów wykonania usługi.

Skoro Zamawiający zdecydował się zarówno opisać w SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i załączyć wzór umowy, której zawarcia wymaga, to pomiędzy SIWZ a wzorem umowy nie powinno być sprzeczności.

Obecne brzmienie SIWZ i wzoru umowy uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie przez wykonawców oferty. Nie jest bowiem jednoznacznie określone, czy wykonawca ma gwarantować

niezmiennosc cen przez okres 12 miesiacy od dnia zawarcia umowy rowniez w przypadku, gdy wejdą w życie zmiany przepisów w zakresie:

1. stawki podatku od towarów i usług (obowiązuje od dnia wejścia w życie przepisów ją wprowadzających),
2. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
3. zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
4. zasady gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Tym samym wykonawca kalkulując ofertę, nie może być pewny, czy powinien doliczyć do ceny usługi rezerwę na ewentualne koszty związane ze zmianami przepisów, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp. Wobec powyższego Zamawiający formułując SIWZ naruszył, przewidziany w art. 29 ust. 1 Pzp, obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ad 2) Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienia wzoru umowy – § 11 ust. 12 zd. 1 i 13 zd. 3 – są niezgodne z art. 142 ust. 5 Pzp.

Niezgodne z ww. przepisem jest:

1. określenie okresu niezmienności ceny;
2. ustalenie, że do zmiany w zakresie zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, dojdzie w drodze negocjacji.

Przepis art. 142 ust. 5 Pzp wyraźnie wskazuje, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, musi zawierać „*postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:*

- 1) *stawki podatku od towarów i usług,*
 - 2) *wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo 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 i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych*
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.”

Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że „ustalenie zasad, w których możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy zostaje przyznana dopiero po upływie kolejnych miesięcy następujących po roku świadczenia usługi, stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 142 ust. 5 p.z.p. Skoro ustawodawca wskazał na potrzebę uregulowania zasad zmiany wynagrodzenia w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, to zmiany te mogą okazać się konieczne już w pierwszych miesiącach po upływie roku świadczenia usługi. Jedynym ograniczeniem ustawowym możliwości dokonania zmiany wynagrodzenia, jest brak wykazania wpływu na wysokość kosztów związanych z wykonaniem umowy” (tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2015 r. KIO 2546/15, LEX nr 1954264).

Również nieprawidłowe jest wskazanie negocjacji jako sposobu ustalenia wysokości zmian wynagrodzeni. Zarówno „terminy wejścia w życie i zakres zmiany wynagrodzenia, o którym mowa w art. 142 ust. 5 p.z.p., winny być uzależnione od treści i daty wejścia w życie przepisów prawa, wprowadzających zmiany do regulacji dotychczasowych i nie powinny być zależne od woli jednej ze stron stosunku prawnego. Przepis art. 142 ust. 5 p.z.p. ma na celu zapewnienie obu stronom umowy pewności, iż w razie zaistnienia zmiany stosownych przepisów, treść umowy zostanie odpowiednio dostosowana do tej zmiany” (tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 września 2018 r., KIO 1681/18, LEX nr 2580498). Ponadto „zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie, według

zostanie przedstawiony na wezwanie Zamawiającego.”

Nadmienić należy, że Zamawiający nie wymaga złożenia przez wykonawcę jadłospisu dekadowego wraz z ofertą. Złożenie jadłospisów dekadowych jest wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt VI.3 ppkt 10 tiret trzecie SIWZ).

Jednak Zamawiający może żądać złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zgodnie z rozdziałem VI pkt 2 SIWZ – dopiero po dokonaniu oceny ofert.

Skoro Zamawiający wymaga zamieszczenia treści oświadczenia z pkt 7 formularze ofertowego w jadłospisie dekadowym, to w celu umożliwienia weryfikacji prawidłowości sporządzenia jadłospisu dekadowego konieczne jest jego załączenie do oferty. Po dokonaniu oceny ofert Zamawiający nie będzie w stanie zweryfikować przyznanych punktów z powodu nieprawidłowego uwzględnienia treści oświadczenia z pkt 7 formularze ofertowego w jadłospisie dekadowym. W trybie art. 24aa Pzp Zamawiający będzie jedynie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli jadłospis dekadowy nie będzie spełniał wymagań określonych w pkt VI.3 ppkt 10 tiret trzecie SIWZ. Zamawiający nie będzie mógł wykluczyć wykonawcy z tego powodu, że jadłospis dekadowy nie będzie spełniał wymagania, o którym mowa w pkt 7 formularz ofertowego.

Zatem przewidziany przez Zamawiającego sposób oceny oferty jest nieprecyzyjny i nieadekwatny do zamierzonego celu. Skoro Zamawiający wymaga uwzględnienia treści pkt 7 formularza ofertowego w jadłospisie dekadowym, to winien wymagać jego przedłożenia wraz z ofertą.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest uzasadnione.

Załączniki:

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

CATERMED S.A.
ul. Traktorowa 126, lok. 201
91-204 Łódź
NIP: 6772164383, REGON: 357938830

Magdalena Kolińska

opisanej krok po kroku procedury mogły dokonać procesu zmian” (tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 21 maja 2015 r. KIO 941/15, LEX nr 1798004). Tym samym niedopuszczalne, w świetle art. 142 ust. 5 Pzp, jest zastrzeżenie, że zmiana wynagrodzenia zostanie uzgodniona przez strony w drodze negocjacji. Brak jest gwarancji dla wykonawcy, że w przypadku wejścia w życie zmiany przepisów, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp oraz wykazania przez wykonawcę wpływu tej zmiany na koszty wykonania zamówienia publicznego, dojdzie do określonej zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zmiana wynagrodzenia uzależniona została od dobrej woli Zamawiającego.

Ad 3) W rozdziale XIII SIWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert. Jednym z kryteriów pozacenowych – zgodnie z pkt 4 rozdziału XIII SIWZ – jest różnorodność posiłków.

Zamawiający przewidział, że „będzie liczył różnorodność posiłków wg. n/w zasad: punktowana różnorodność maksymalna wynosi 10 pkt.

PUNKTOWA OCENA JADŁOSPISÓW wg. poniższego zestawienia w okresie dekady

Wyróżnik	Punkty
1. Warzywa i/lub owoce codziennie w: 3 posiłkach	3
2 posiłkach	2
1 posiłkach	1
2. Ryby lub przetwory rybne przynajmniej dwa razy na dekadę w posiłkach obiadowych.	2
Brak ryb lub przetworów rybnych przynajmniej dwa razy na dekadę w posiłkach obiadowych.	0
3. Produkty wielozbożowe (ciemny ryż, ciemny makaron) minimum 3 razy na obiad lub kolację.	2
Brak produktów zbożowych (ciemnego ryżu, ciemnego makaronu) minimum 3 razy na obiad lub kolację.	0
4. Ciepły posiłek na kolację minimum 2 razy.	2
Brak ciepłego posiłku na kolację minimum 2 razy.	0
5. Wykaz alergenów występujących w posiłkach dołączony do diet.	1
Brak wykazu alergenów występujących w posiłkach dołączony do diet.	0

Powyższa oferta wykonania usługi zostanie zapisana w przedstawionym jadłospisie dekadowym.”

W załączniku formularza ofertowego – w pkt 7 – Zamawiający przewidział konieczność złożenia oświadczenia co do oferowanego sposobu wykonania usługi, odpowiadającego opisanemu w pkt 4 rozdziału XIII SIWZ sposobu oceny ofert.

Ponadto Zamawiający przewidział:

„Powyższa oferta wykonania usługi zostanie zapisana w przedstawionym jadłospisie dekadowym. Przykładowe jadłospisy dekadowe (10 dni) uwzględniające diety:

- dla diety ogólnej i cukrzycowej na okres wiosenno-letni oraz jesienno-zimowy ściśle z przedstawionym przez Zamawiającego jadłospisem dekadowym (będziemy uwzględniać jedynie zmiany oraz potrzeby składane przez Zamawiającego dotyczące surówek, kompotów, zup – w zależności od pory roku);

- dla pozostałych diet zgodnie z zaleceniami dietetycznymi (z uwzględnieniem kaloryczności posiłków) przykładowo przedstawionymi w jadłospisie dekadowym.

określone wg przyjętego przez Zamawiającego w SIWZ w części B.1.1-2 wzoru jadłospisu - Przykładowy jadłospis dekadowy oraz w części B.2.1 – Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia – opis diet. - który