

Łódź, dnia 16 stycznia 2024 roku

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

Zamawiający: Szpital Mrągowski im. Michała Kajki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Wolności 12, 11-700 Mrągowo
KRS: 0000490118 , NIP: 7422247985
tel: 89 741 94 03
e-mail: zaopatrzenie@szpital-mragowo.pl
adres strony internetowej Zamawiającego;
www.szpital-mragowo.pl

Odwołujący: JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach
ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice
KRS: 0000654522, NIP: 5532532013
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl
reprezentowana przez pracownika – Magdalenę Kolińską
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania na usługi społeczne prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn.: „Usługa całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 stycznia 2024 roku pod numerem 2024/BZP 00029232 numer referencyjny: NZ-1/24.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 poz. 1129 z późn. zm. - zwanej dalej „Pzp”), niniejszym:

I. wnoszę odwołanie na:

- I. niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.:
 1. określenie w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia prawa opcji polegającego na możliwości przedłużenia terminu realizacji zamówienia o okres max. 12 miesięcy bez zawarcia w załączniku nr 2/1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "SWZ") - wzorze umowy na usługi zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; określają okoliczności skorzystania z opcji; nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.
 2. wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji

Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanych, nieprzejrzystych, a także niezapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców kar umownych za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy oraz w przypadku nieświadczenia usługi przez Wykonawcę.

II. zaniechanie czynności przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy tj.

1. brak zawarcia we wzorze umowy na usługi stanowiącym Załącznik nr 2/1 do SWZ, obligatoryjnego postanowienia dotyczącego tego jaką łączną maksymalną wysokość kar umownych, może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy;
2. brak zawarcia we wzorze umowy na usługi stanowiącym Załącznik nr 2/1 do SWZ postanowień określających minimalną wartość lub wielkość świadczenia Wykonawcy pomimo możliwości jego ograniczenia;

II. Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 441 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp poprzez** określenie w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia prawa opcji polegającego na możliwości przedłużenia terminu realizacji zamówienia o okres max. 12 miesięcy bez zawarcia w załączniku nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy na usługi zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; określają okoliczności skorzystania z opcji; nie modyfikują ogólnego charakteru umowy, co prowadzi do naruszenia art. 441 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp;
2. **art. 16 pkt 1)-3) Pzp w zw. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c. poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanych, nieprzejrzystych, a także niezapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców kar umownych za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy oraz w przypadku nieświadczenia usługi przez Wykonawcę.**
3. **art. 436 pkt 3 Pzp poprzez brak określenia w załączniku nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy na usługi łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy;**
4. **art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie określenia w załączniku nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy minimalnego progu wykonania umowy pomimo możliwości jednostronnego zmniejszenia zakresu świadczenia Wykonawcy, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia;**

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1 - dookreślenie skorzystania z prawa opcji w zakresie wydłużenia trwania Umowy zgodnie z art. 441 Pzp
2. w zakresie zarzutu nr 2 - wykreślenie dotychczasowej treści § 15 ust. 1 pkt b) i d) załącznika nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy na usługi
3. w zakresie zarzutu nr 3 – określenie w załączniku nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy na usługi łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy

proponujemy:

wprowadzenie do § 15 Załącznika nr 2/1 do SWZ – wzorze umowy na usługi ustępu 11 o następującej treści: „11. Łączna maksymalna wysokość kar umownych nałożonych przez Zamawiającego na Wykonawcę w w okresie trwania całej Umowy nie może przekroczyć 10 % całkowitej szacunkowej wartości usługi określonej w § 12 ust. 1.3”

4. w zakresie zarzutu nr 4 – określenie w § 4 załącznika nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego ze wskazaniem minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Wykonawcy;

proponujemy:

zmianę treści § 4 ust. 2 Załącznika nr 2/1 do SWZ – projektu umowy na usługi i nadanie mu następującej treści: " 2. Dzienną ilość posiłków obrazuje – § 4 ust. 1 umowy. Zestawienie ilości ma charakter wyłącznie informacyjny; nie stanowi zobowiązania Zamawiającego do zamawiania posiłków w opisanych ilościach. Zamawiający zastrzega, że wskazana liczba osobodni ma charakter szacunkowy, a rzeczywista ilość wynikać będzie z bieżących potrzeb zamówienia, zależnych od ilości leczonych pacjentów. Ilość posiłków może ulec zmianie in plus jak i in minus. W przypadku zmiany ilości posiłków dostarczanych przez Wykonawcę in minus minimalne wynagrodzenie wypłacone Wykonawcy z tytułu realizacji umowy w danym miesiącu nie będzie niższe niż wynagrodzenie, które byłoby należne Wykonawcy przy założeniu następującej średniej dziennej ilości posiłków zamawianej przez Zamawiającego:

I śniadanie ok. 45, II śniadanie - ok. 18 (dieta cukrzycowa i dla dzieci), obiady - ok. 45, podwieczorki ok. 18 (dieta cukrzycowa i dla dzieci), kolacje ok. 45, dodatek nocny na dietę cukrzycową - ok. 4,5."

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

V. oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem Odwołujący jest Wykonawcą, który wykonuje usługi w przedmiocie całodobowego żywienia min. pacjentów szpitali w całej Polsce i w związku z tym jest zainteresowany zawarciem umowy na której treść składa odwołanie. Jednocześnie 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, w związku z czym posiada interes prawny i faktyczny aby postępowanie było prowadzone zgodnie z obowiązującym prawem.

UZASADNIENIE

W dniu 11 stycznia 2024 r. r. Zamawiający wszczął postępowanie na usługi społeczne prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn.: „*Usługa całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów*”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 stycznia 2024 roku pod numerem 2024/BZP 00029232 numer referencyjny: NZ-1/24.

Odwołujący składa odwołanie na treść ogłoszonego przez Zamawiającego SWZ oraz Załącznika nr 2/1 do SWZ – projektu umowy na usługi.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Jak wynika z sekcji IV ust. 4.2.14) zdanie 2 Zamawiający zastrzegł, że: *"Usługi świadczone będą przez okres 36 miesięcy, z możliwością przedłużenia o okres max 12 miesięcy."*

Powyższe zostało również w rozdziale VIII SWZ oraz § 19 załącznika nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy na usługi.

A więc Zamawiający zastrzegł sobie prawo opcji polegające na wydłużeniu obowiązywania Umowy o kolejne 12 miesięcy.

W komentarzu pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza - Urzędu Zamówień Publicznych do art. 441 Pzp wskazano jako przykład, że rodzaj opcji może być określony m.in. – cyt: *"czasowo – poprzez określenie czasu, w którym może opcjonalnie dojść do realizacji wskazanego elementu przedmiotu zamówienia (np. zamawiający w zamówieniu na usługi telekomunikacyjne lub teleinformatyczne opcjonalnie przewiduje okresowe włączenie lub wyłączenie usług lub modułów systemu albo w umowie sprzedaży z określonym terminem dostarczenia całości przedmiotu **sprzedaży przewiduje możliwość jednostronnego wydłużenia tego terminu**);"*.

Zgodnie z art. 441 ust. 1 Pzp: *"1. Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:*

- 1) *określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;*
 - 2) *określają okoliczności skorzystania z opcji;*
 - 3) *nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.*
2. *Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu."*

Zamawiający nie wypełnił w całości wyżej wskazanego obowiązku. Zamawiający poprzestał jedynie na wskazaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia, że może wydłużyć umowę o 12 miesięcy.

Jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: „*Prawo opcji przyznaje zamawiającemu uprawnienie odmiennego kształtowania zakresu zamówienia oraz - co najważniejsze - do jednostronnego kształtowania zamówienia, szczególnie jego rozszerzenia w trakcie trwania umowy, a tym samym możliwość dokonania przez zamawiającego wyboru zakresu świadczenia będącego przedmiotem umowy o zamówienie publiczne. (...) Tak więc, przewidując prawo opcji, zamawiający przyznaje sobie prawo do zwiększenia zamówienia, jednakże zamiar powiększenia owego zakresu musi być określony i opisany już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ (...) największy możliwy zakres zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji musi być wzięty pod uwagę przy ustalaniu wartości zamówienia” [Wyrok KIO z 21.05.2013 r., KIO 1024/13, LEX nr 1339029, zob. również Wyrok KIO z 12.03.2018 r., KIO 359/18, LEX nr 2506044].*

W obecnym stanie faktycznym Zamawiający tak naprawdę w każdym momencie, nawet na kilka dni przed końcem Umowy na świadczenie usług, może wydłużyć czas trwania Umowy i niejako zmusić Wykonawcę do dalszego świadczenia usług.

Dodatkowo nie określono wynagrodzenia jakie będzie przysługiwać Wykonawcy w przypadku skorzystania z prawa opcji, a także nie sprecyzowano okoliczności skorzystania z takiej opcji, czy choćby tego jaką wartość będzie miało jednostronne wydłużenie trwania Umowy o 12 miesięcy.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w petitum.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

Zamawiający w Załączniku nr 2/1 do SWZ – wzorze umowy na usługi Zamawiający umieścił postanowienie § 15 ust. 1 pkt b) i d) w brzmieniu następującym:

"1. Zamawiający ma prawo pobrać od Wykonawcy kary umowne w następujących przypadkach:

a. Za nienależyte wykonanie Umowy, jak np. nieprzestrzeganie przez Wykonawcę ustalonych norm, istotnego obniżenia standardu jakościowego podawanych posiłków, zaniżenie wagi poszczególnych dań, naruszenie zapisów § 10 ust. 5 i 6 umowy nieodpowiednia temperatura lub waga posiłku, nieodpowiednia kaloryczność posiłku, brak zgodności posiłku z zamówioną dietą, zatrucia pokarmowe poprzez podanie zakażonego pokarmu, nieprawidłowy sposób transportu posiłków i brudnych naczyń, nieprawidłowe zachowanie pracowników podających posiłki (brak obowiązującego ubrania, brak higieny rąk lub nieestetyczny wygląd), brak przedstawienia dekadówki i gramówki w wyznaczonym w Umowie terminie, brak odpowiedzi w nieprzekraczalnym terminie 1 dzień roboczy (w tym wskazanie i wszczęcie działań naprawczych) na wniesione przez Dietetyka Szpitala uwagi i nieprawidłowości i inne - Zamawiający naliczy Wykonawcy kary umowne w wysokości 2 % wartości miesięcznego wynagrodzenia z ostatnio zafakturowanego miesiąca za każdą niezgodność z umową. Nienależyte wykonanie Umowy, w tym niewłaściwą jakość usługi (niezgodność z umową) stwierdzać będzie Zamawiający na piśmie bądź w formie elektronicznej (e-mail).

b. jeżeli Wykonawca w całości nie świadczy usługi – w wysokości 100 % wynagrodzenia (brutto) za

okres pozostały do zakończenia umowy.

c. jeżeli Wykonawca opóźni się ze zdeponowaniem u Zamawiającego polisy lub innego dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia, o którym mowa w § 11 ust. 3 albo nie wykona innych obowiązków związanych z ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej opisanych w § 11 ust. 4 – w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu polisy.

d. Z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 10% wartości brutto przedmiotu umowy, określonego w § 12 umowy oraz ofercie. Kara ta nie łączy się z karami wyżej wymienionymi."

W ocenie Odwołującego kary umowne zastrzeżona w § 15 ust. 1 pkt b) i d) wzoru umowy są rażąco wygórowane, są nieprzejrzyste, a także nie zapewniają zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Dla przykładu w sytuacji, gdy Wykonawca nie będzie świadczył usługi z przyczyn niekoniecznie przez niego zawinionych, bądź nawet z przyczyn wynikających z wyłącznej winy Zamawiającego ten będzie miał uprawnienie do nałożenia na Wykonawcę kary umownej w wysokości 100 % wynagrodzenia (brutto) za okres pozostały do zakończenia umowy. Ponadto kara ta jest nieprzejrzysta i niezrozumiała.

Powyższe odnosi się również pośrednio do kary umownej zastrzeżonej w pkt d.

Odstąpienie z przyczyn zależnych od Wykonawcy jest pojęciem nieostrym wobec czego Zamawiający będzie mógł chcieć nałożyć karę umowną z tego tytułu również w przypadku, gdy Wykonawca odstąpi z winy Zamawiającego (co przewiduje Umowa).

Co więcej tak rażąco wygórowane kary umowne naruszają zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż nie każdy Wykonawca chcący wziąć udział w postępowaniu może narażać swoją sytuację ekonomiczną, gdyż z tytułu kar umownych może zostać pozbawiony nawet całego wynagrodzenia wynikającego z Umowy.

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu zmiany w zakresie wyżej wskazanych kar umownych w sposób określony w *petitum* odwołania.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zamawiający naruszył art. 436 pkt 3 Pzp nie określając w § 15 załącznika nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy na usługi łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Jak podkreśla się w doktrynie ustalenie tego limitu jest elementem obligatoryjnym umowy zawartej przy zastosowaniu ustawy Pzp. Przepis nie powinien być jednak rozumiany jako podstawa do obowiązkowego wprowadzania do umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych, lecz jedynie jako podstawa do określenia w umowie ich limitu kwotowego.

Wobec tego wszystkie umowy zawierane w wyniku udzielenia zamówienia publicznego muszą wskazywać limit kar umownych. W przypadku niezgodności postanowień umowy z art. 436 pkt 3 Pzp postanowienia o karach umownych winny zostać uznane za nieważne. (tak m. in w:

Foryński Radosław, Tempieńska Karolina, Obowiązek limitowania kary umownej w zamówieniach publicznych: LEX, Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX oraz Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX)

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

W § 4 ust. 1-3 załącznika nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy na usługi zastrzegł:

"1. Zamawiający przewiduje średnio, dziennie następującą ilość posiłków:

■ I śniadanie - ok. 50

■ II śniadanie - ok. 20 (dieta cukrzycowa i dla dzieci)

■ obiady - ok. 50

■ podwieczorki - ok. 20 (dieta cukrzycowa i dla dzieci)

■ kolacje - ok. 50

■ dodatek nocny na dietę cukrzycową – ok. 5

2. Dzienną ilość posiłków obrazuje – § 4 ust. 1 umowy. Zestawienie ilości ma charakter wyłącznie informacyjny; nie stanowi zobowiązania Zamawiającego do zamawiania posiłków w opisanych ilościach. Zamawiający zastrzega, że wskazana liczba osobodni ma charakter szacunkowy, a rzeczywista ilość wynikać będzie z bieżących potrzeb zamówienia, zależnych od ilości leczonych pacjentów. Ilość posiłków może ulec zmianie in plus jak i in minus.

3. Wykonawca przygotuje i dostarczy posiłki w liczbie wynikającej z aktualnych potrzeb Zamawiającego. Przygotowanie i dostarczenie posiłków dla liczby pacjentów mniejszej lub większej od prognoz określonych w ust. 1 niniejszego §, nie stanowi zmiany umowy."

Zgodnie natomiast z art. 433 pkt 4 Pzp:

„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

[...]

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron."

Mając na względzie powyższe Zamawiający naruszył treść art. 433 pkt 4 Pzp nie wskazując minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Wykonawcy o jakie może Zamawiający ograniczyć zamówienie w trakcie jego wykonywania.

W związku z powyższym wnoszę jak w petitum odwołania.

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 przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.