

Łódź, dnia 13 lutego 2023 roku

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

Zamawiający: Beskidzkie Centrum Onkologii – Szpital Miejski im. Jana Pawła II
w Bielsku-Białej
z siedzibą w Bielsku-Białej
ul. Wyzwolenia 18, 43-300 Bielsko-Biała
KRS: 0000412996
Tel.: +48 338164042
FAX: +48 334984044
E-mail: awojcik@onkologia.bielsko.pl
<http://www.onkologia.bielsko.pl>

Odwołujący: CATERMED sp. z o.o.
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź
KRS: 0000914373
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Ludwikę Mospinek
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie usług przygotowania i dostarczania całodziennego wyżywienia dla pacjentów Beskidzkiego Centrum Onkologii – Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 1 lutego 2023 roku pod numerem: 2023/S 023-063907, numer referencyjny: DZP.271.8.2023.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED 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 (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. - zwanej dalej „P.z.p.”):

- I. Wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia (co do wszystkich zadań), tj. na projektowane postanowienia umowy;
- II. Zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:
 - 1. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 P.z.p.** poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób wadliwy, wobec:
 - a) zaniechania** określenia okresów, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

- b) określenia, że waloryzacja dopuszczalna jest tylko 1 raz, nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy;
- pomimo że umowa o udzielenie zamówienia publicznego ma być zawarta na okres 36 miesięcy;

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

Zarzut 1 nr określenie (dla każdego zadania) zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – zgodnych z art. 439 ust. 1 i 2 pkt 3 P.z.p., np. poprzez wprowadzenie w załączniku nr 6 do SWZ – zmian w § 11 pkt 3 poprzez nadanie mu proponowanego brzmienia:

„3. waloryzacja wynagrodzenia dopuszczalna jest co 6 miesięcy, licząc od dnia zawarcia Umowy;”

- 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 1 lutego 2023 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług przygotowania i dostarczania całodziennego wyżywienia dla pacjentów Beskidzkiego Centrum Onkologii – Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej”.

Zadanie jest podzielone na trzy części. Niniejsze odwołanie dotyczy wszystkich części.

Umowy o udzielenie zamówienia publicznego będą zawarte na okres 36 miesięcy.

Przedstawiony w załączniku nr 6 do SWZ projekt umowy jest niezgodny z przepisami ustawy P.z.p. w zakresie niżej przedstawionym:

Zarzut nr 1 – art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 P.z.p.

Jak wynika z punktu II.2.7 (dla każdego zadania) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału VI SWZ, umowa o udzieleniu zamówienia (dla każdego zadania) ma zostać zawarta na okres 36 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W § 11 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) Zamawiający określił postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W § 11 pkt 3 projektu umowy (załącznik nr 3 do SWZ) Zamawiający określił, że *„waloryzacja wynagrodzenia dopuszczalna jest tylko 1 raz, nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy licząc od zawarcia Umowy”*.

Tak określona klauzula waloryzacyjna jest nieprawidłowa, bowiem nie zawiera określenia okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym Zamawiający nie określił częstotliwości, z jaką strony mogą występować o zmianę wynagrodzenia.

Zamawiający przewidział, że zmiana wynagrodzenia jest dopuszczalna tylko jeden raz, niezależnie od tempa i wysokości zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Również termin, po upływie którego będzie możliwa waloryzacja nie uwzględnia specyfiki usługi.

Po pierwsze, usługa przygotowania i dostarczania wyżywienia jest uzależniona od cen energii i jej nośników. Przewidywalność cen energii i jej nośników zależna jest od sytuacji politycznej (w szczególności w ujęciu międzynarodowym) i ryzyka tego nie sposób szacować, a tym bardziej mu przeciwdziałać. Wojna w Ukrainie i związany z nią wzrost cen surowców (gazu ziemnego i ropy naftowej) pokazały, jak bardzo niestabilne potrafią być ceny energii oraz jak duży wpływ mają na branżę gastronomiczną.

Po drugie, ceny produktów spożywczych podlegają dużym zmianom w przypadku zaistnienia kryzysów pogodowych, czy politycznych. Susze, nadmierne opady, czy wojny powodują duże zmiany cen produktów spożywczych. Również tego ryzyka nie sposób uwzględnić w kalkulacji cen.

Z tych powodów w branży gastronomicznej klauzule waloryzacyjne mają szczególne znaczenie. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyta, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Prawidłowo zaprojektowana klauzula waloryzacyjna (a więc odpowiadająca specyfice usługi) powinna uwzględniać możliwość okresowej zmiany wynagrodzenia, a nie jednokrotnej. Mając na uwadze długość zawieranej umowy (36 miesięcy) konieczne jest ustalenie, że do pierwszej zmiany może dojść po upływie 6 miesięcy, a do każdej kolejne 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 przerzucaniu 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*).

Przepis art. 439 ust. 2 pkt 3) P.z.p. obliguje również do uwzględnienia w postanowieniach o waloryzacji okresu, w których waloryzacja będzie mogła zostać przeprowadzana. Wymóg ten sprowadza się praktycznie do określenia częstotliwości z jaką wynagrodzenie wykonawcy będzie mogło zostać ponownie waloryzowane. Konstruując zatem klauzulę waloryzacyjną w tym zakresie należy mieć na względzie czynniki takie jak długość trwania umowy, początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, określony na wcześniejszym etapie klauzuli zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 p.z.p., a także charakterystykę wskaźnika jaki został dobrany do oceny wzrostu cen. Oczywiście przy umowach, o krótszym terminie obowiązywania może okazać się, że zamawiający przewiduje jednorazową waloryzację wynagrodzenia, która nastąpi jedynie po upływie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1) P.z.p. W takim przypadku

określanie dalszych okresów, w których może nastąpić kolejna waloryzacja okaże się bezprzedmiotowe. W przypadku jednak kontraktów realizowanych dłużej, przez wiele lat, zasadne będzie przewidzenie wielokrotnej waloryzacji.

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.