

Wrocław, dnia 12 kwietnia 2021 r.

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

**Odwołujący:**

Impel Catering Sp. z o.o.  
ul. Ślężna 118; 53-111 Wrocław  
KRS:0000773603  
NIP: 8942598912  
Numer telefonu: 510015984, 510015097  
Adres poczty elektronicznej: [j.filipiak@impel.pl](mailto:j.filipiak@impel.pl), [e.sitarek@impel.pl](mailto:e.sitarek@impel.pl)  
Przedstawiciel (imię i nazwisko): Joanna Filipiak, Emilia Sitarek

**Zamawiający:**

Szpital Ogólny im. dr Witolda Gineła w Grajewie  
ul. Konstytucji 3 Maja 34; 19-200 Grajewo  
NIP: 719-13-61-728  
tel./fax: 86 272 36 13  
strona internetowa: [www.szpital-grajewo.pl](http://www.szpital-grajewo.pl)  
e-mail: [dzp@szpital-grajewo.pl](mailto:dzp@szpital-grajewo.pl)

**ODWOŁANIE**

Na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa żywienia pacjentów Szpitala Ogólnego w Grajewie” - ZP 02/21.

**Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):**

Nr ogłoszenia 2021/S 065- 166093 z dnia 02 kwietnia 2021 roku.

Usługa żywienia pacjentów Szpitala Ogólnego w Grajewie” - ZP 02/21.

**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. art. 436 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy opis przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego warunków stosowania kar umownych.

**Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:**

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz 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 ogłoszenia o zamówieniu i 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 02 kwietnia 2021 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 (por. postanowienie § 5 ust. 4) zawarł następujące postanowienie:

*„Zamawiający zastrzega sobie możliwość korygowania liczby i rodzaju (diet) posiłków drogą elektroniczną lub telefoniczną (telefonicznie - w szczególności w soboty, niedziele, dni wolne od pracy, w dni robocze po godz. 15tej). W przypadku dokonania zgłoszenia drogą elektroniczną, zgłoszenie korekty dokonywane będzie w oparciu o formularz korekty zamówienia stanowiący załącznik nr 6 do umowy. Korekty mogą dotyczyć zarówno zmniejszenia jak i zwiększenia liczby zamówionych wcześniej posiłków i diet. Wykonawca będzie uwzględniał wnoszone przez Zamawiającego korekty co do zmiany rodzaju diety, liczby śniadań, obiadów, kolacji - zgodnie z aktualnym stanem liczbowym pacjentów.”*

W ocenie Odwołującego takie brzmienie postanowienia § 5 ust. 4 umowy narusza przepis art. 433 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób całkowicie jednostronny i abuzywny zastrzega sobie uprawnienie do ograniczenia wartości gwarantowanej usługi.

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 eliminacje 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.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 5 ust. 4 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:

*„Zamawiający zastrzega sobie możliwość korygowania liczby i rodzaju (diety) posiłków drogą elektroniczną lub telefoniczną (telefonicznie - w szczególności w soboty, niedziele, dni wolne od pracy, w dni robocze po godz. 15tej), pod warunkiem, że zmniejszenie wartości usługi nie może być większe niż 20% wartości całej usługi. W przypadku dokonania zgłoszenia drogą elektroniczną, zgłoszenie korekty dokonywane będzie w oparciu o formularz korekty zamówienia stanowiący załącznik nr 6 do umowy. Korekty mogą dotyczyć zarówno zmniejszenia jak i zwiększenia liczby zamówionych wcześniej posiłków i diet. Wykonawca będzie uwzględniał wnoszone przez Zamawiającego korekty co do zmiany rodzaju diety, liczby śniadań, obiadów, kolacji - zgodnie z aktualnym stanem liczbowym pacjentów.”*

2.

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w projekcie umowy (por. postanowienie § 12 ust. 1) zawarł następujące postanowienie:

1. *Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia Zamawiającemu kar umownych, naliczanych wg zasad określonych w niniejszym paragrafie, w przypadku:*
  1. *odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 20 % kwoty brutto określonej w § 8 ust. 5 niniejszej umowy,*
  2. *naruszenia postanowień niniejszej umowy lub regulaminów i zarządzeń Zamawiającego obowiązujących na terenie obiektu Zamawiającego – w wysokości 2 % kwoty brutto określonej w § 8 ust. 5 niniejszej umowy.*
  3. *każdego uzasadnionego żądania zmiany pracownika zgodnie z § 3 ust. 2 – w wysokości 0,01 % kwoty brutto określonej w § 8 ust. 5 niniejszej umowy,*
  4. *opóźnień w wykonywaniu obowiązków wynikających z niniejszej umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy*

*– w wysokości 1.000 zł brutto za każdy przypadek, po uprzednim dwukrotnym uzasadnionym zwróceniu uwagi przez Zamawiającego w danym miesiącu.*

W odniesieniu do postanowień umownych dotyczących stosowania przez Zamawiającego kar umownych Odwołujący stwierdza, że projekt umowy narusza przepis art. 436 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

Nadto, Odwołujący wskazuje również, że w § 12 ust. 1 pkt. 3 umowy Zamawiający nawiązuje do regulaminów i zarządzeń wewnętrznych, które nie zostały literalnie wymienione w treści postanowienia umowy oraz ich treść nie została dołączona do umowy i SWZ.

Odwołujący stwierdza, że należy precyzyjnie określić, jakie regulaminy i akty wewnętrzne Zamawiającego mają zastosowanie do obowiązków Wykonawcy wynikających z umowy. Nie może być sytuacji, iż zakres obowiązków Wykonawcy w odniesieniu do usługi regulowany jest przez akt wewnętrzny Zamawiającego, który np. Zamawiający może jednostronnie modyfikować. Jeżeli Wykonawca ma przestrzegać regulaminy Zamawiającego, to każdy taki dokument winien stanowić załącznik do umowy. W przypadku zmiany takiego regulaminu Strony winny sporządzić stosowny

aneks do umowy lub Wykonawca winien mieć uprawnienie do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym lub za wypowiedzeniem.

W odniesieniu do zastrzeżonych kar umownych Odwołujący stwierdza, że kary umowne zostały ustalone na nadmiernie wysokim poziomie i wnosi o ich stosowne obniżenie. Odwołujący wnosi również o skonkretyzowanie procedury stosowania kar umownych.

### **ŻADANIE:**

Odwołujący wnosi o zmianę postanowienia § 12 ust. 1 projektu umowy w następującym brzmieniu lub równoważnym:

*1. Wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia Zamawiającemu kar umownych, naliczanych wg zasad określonych w niniejszym paragrafie, w przypadku:*

- 2. odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10 % kwoty brutto określonej w § 8 ust. 5 niniejszej umowy,*
- 3. naruszenia postanowień niniejszej umowy lub regulaminów i zarządzeń Zamawiającego obowiązujących na terenie obiektu Zamawiającego tj.*
  - a) regulaminu ..... z dnia ..... według brzmienia stanowiącego załącznik nr ..... do umowy,*
  - b) zarządzenia ..... z dnia ..... według brzmienia stanowiącego załącznik nr ..... do umowy,*  
*– w wysokości 1 % kwoty brutto określonej w § 8 ust. 5 niniejszej umowy.*
- 4. każdego uzasadnionego żądania zmiany pracownika zgodnie z § 3 ust. 2 – w wysokości 0,01 % kwoty brutto określonej w § 8 ust. 5 niniejszej umowy,*
- 5. opóźnień w wykonywaniu obowiązków wynikających z niniejszej umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy*

*– w wysokości 500 zł brutto za każdy przypadek, po uprzednim dwukrotnym uzasadnionym zwróceniu uwagi przez Zamawiającego w danym miesiącu.*

*6. Strony oświadczają, że łączna wartość kar umownych nie przekroczy wartości 10% wynagrodzenia umownego Wykonawcy.*

*7. Procedura nakładania kar umownych według postanowień umowy winna uwzględniać następujące etapy:*

- zgłoszenie Wykonawcy zastrzeżeń przez Zamawiającego winno następować w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy,*
- brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzany w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, w którym zostanie określony precyzyjnie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne, w tym decyzję o stosowaniu kary umownej.*

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.