



**SAMODZIELNY PUBLICZNY
ZESPÓŁ ZAKŁADÓW OPIEKI ZDROWOTNEJ
W WYSZKOWIE**



07-200 Wyszaków
ul. Komisji Edukacji Narodowej 1

Kancelaria tel.: (29) 743 76 11, fax: (29) 743 76 05,
e-mail: kancelaria@szpitalwyszkow.pl, http:// www.szpitalwyszkow.pl/

Wyszaków, dnia 13.08.2021 r.

DEZ/Z/341/ZP- 13/2021

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „Całodobowe świadczenie usług w zakresie żywienia pacjentów w okresie 36 miesięcy w SPZZOZ w Wyszakowie wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchennych i pomocniczych oraz wyposażeniem” nr postępowania DEZ/Z/341/ZP-13/2021.

W odpowiedzi na złożone wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, zgodnie z art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 tekst jednolity), dotyczące powyżej wskazanego postępowania, Zamawiający udziela poniżej wyjaśnień:

Pytanie 1

Zwracamy się z prośbą o odejście od wymogu wniesienia zabezpieczenia umowy.

Konieczność wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy powoduje zamrożenie istotnej części kapitału obrotowego na czas trwania kontraktu (3 lata). Niezależnie od formy wniesienia zabezpieczenia umowy jest to element kosztotwórczy. Ponadto, nadmieniamy, iż na chwilę obecną koszty uzyskania gwarancji należytego wykonania kontraktu są znacząco wyższe niż to miało miejsce kilka lat temu, wpływ na takie koszty ma obecna sytuacja gospodarcza kraju (firmy, które podpisały umowy o świadczenie usługi publicznej, nie zrealizowały swoich zobowiązań czego następstwem było wypłacanie przez firmy ubezpieczeniowe i banki należności z tytułu wystawionych przez nie gwarancji). W przypadku odpowiedzi negatywnej prosimy o obniżenie wysokości zabezpieczenia do 2 %.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zgodnie z SWZ.

Pytanie 2

Dotyczy: rozdział XV, punkt 8, podpunkt 12), 14), 15):

„...12) Kopia zezwolenia wydanego przez Państwowego Inspektora Sanitarnego na świadczenie usług żywienia z uwzględnieniem świadczenia usług cateringowych;

...

14) Kopia aktualnej decyzji właściwego Inspektora Sanitarnego zatwierdzająca kuchnię centralną wraz z wydzieloną drogą dystrybucji posiłków na zewnątrz, potwierdzająca możliwość produkcji i wywozu nazewnątrz posiłków w systemie cateringowym.

15) Wykaz środków transportu, dopuszczonych na podstawie decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego, zatwierdzająca środki transportu do wykonywania zamówienia, spełniające wymogi do przewozu żywności, środków spożywczych i resztek pokonsumpcyjnych...”

Zamawiający dopuszcza możliwość przygotowania posiłków w kuchni zewnętrznej i do Wykonawcy należy wybór miejsca produkcji posiłków. W przypadku wybrania opcji przygotowania posiłków w kuchni zewnętrznej prosimy o dodanie zapisu w w/w podpunktach „jeżeli dotyczy“.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dokonuje modyfikacji treści SWZ – modyfikacja poniżej niniejszego pisma.

Pytanie 3

W § 6 ust. 1 pkt 10-12 załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie wykonawcy może ulec zmianie w przypadku:

1. zmiany 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, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę,
2. zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – uprawniające Strony do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę,
3. zmiany 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).

Z kolei w § 6 ust. 2 lit. c załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający zastrzegł, że „, maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszej umowie, nie może przekroczyć kumulatywnie 1% wartości umowy wskazanej w § 3 ust. 1 umowy.”

Powyższe postanowienie SWZ jest niezgodne z art. 439 Pzp.

Ograniczenie zakresu zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy do 1% wartości umowy powoduje, że przewidziana w projekcie umowy waloryzacja ma charakter symboliczny i jedynie pozornie zabezpiecza Wykonawcę przed skutkami:

1. zmiany wysokości wynagrodzenia minimalnego za pracę lub minimalnej stawki godzinowej,
2. zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – uprawniające Strony do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę,
3. zmiany 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).

Umowa zostanie zawarta na 36 miesięcy. W tym okresie mogą wystąpić liczne opisane powyżej zmiany. Zwłaszcza zmiana wysokości wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej może znacznie wpływać na koszty realizacji zamówienia i powodować utratę rentowności realizowanej przez wykonawcę usługi.

Celem wprowadzenia art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) oraz art. 436 pkt 4 lit. b obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych było zapewnienie wykonawcy, że zmiana wynagrodzenia będzie miała charakter automatyczny i odpowiedni w stosunku do zmiany okoliczności wskazanych w tym przepisie.

Projektowane postanowienie umowne powoduje, że cel przepisu nie zostanie zachowany, bowiem waloryzacja będzie miała charakter symboliczny. Poprzez symboliczne określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, zmiana wysokości wynagrodzenia nie będzie odpowiednia w stosunku do wpływu, jaki zmiana okoliczności będzie miała na koszty realizacji zamówienia.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę w § 6 ust. 2 lit. c poprzez zmianę wartości „1%” na „30%”;

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dokonuje modyfikacji treści SWZ – modyfikacja poniżej niniejszego pisma.

Pytanie 4

W § 6 ust. 2 załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający określił wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokość minimalnej stawki godzinowej jako miernik zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Zgodnie z art 439. ust. 1 Pzp:

„1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia”.

Zamawiający zaniechał określenia we wzorze umowy sposobu zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy według wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zamawiający wskazał, że miernikiem zmiany wynagrodzenia będzie wysokość wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej.

Koszty wynagrodzeń pracowników nie stanowią głównego kosztu realizacji usługi żywienia. Głównym kosztem przy tej usłudze są koszty produktów spożywczych (tzw. wsad do kotła), użytych do produkcji posiłków dla pacjentów Zamawiającego.

Zamawiający zastosował zatem miernik, który ma mniejsze znaczenie dla wykonawców, a jednocześnie określił maksymalną wartość łącznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy do 1% wartości umowy.

Tym samym Zamawiający w sposób pozorny zastosował się do treści art. 439 ust. 1 i 2 Pzp.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę w § 6 ust. 2 lit. a poprzez nadanie mu brzmienia: „miernikiem zmiany ceny będzie średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dokonuje modyfikacji treści SWZ – modyfikacja poniżej niniejszego pisma..

Pytanie 5

W załączniku nr 12 do SWZ – wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający umieścił postanowienie § 4 w brzmieniu następującym:

„1. Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego usuwania stwierdzonych przypadków uchybień.

2. Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć wartości 50% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1.

3. Zamawiający ma prawo do żądania kar umownych od Wykonawcy:

1) za odstąpienie od niezrealizowanej części umowy lub rozwiązanie umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy- w wysokości 20% wartości brutto niezrealizowanej części umowy,

2) za odstąpienie od niezrealizowanej części umowy przez Wykonawcę - w wysokości 20% wartości brutto niezrealizowanej części umowy,

- 3) za każde stwierdzone niezgodne z umową wykonanie zamówienia w szczególności m.in. nieodpowiednia temperatura posiłku, brak zgodności posiłku z zamówioną dietą, nieodpowiednia wielkość posiłku - w wysokości 20% wartości brutto faktury za poprzedni miesiąc,
- 4) za wydanie posiłków innym osobom niż pacjentowi, wydanie posiłku z opóźnieniem z przyczyn zależnych od Wykonawcy (opóźnienie powyżej 15 minut) - w wysokości 100 zł za każdy posiłek.
- 5) za nierozpatrzenie reklamacji w terminie, określonym w § 5 ust. 3 i ust. 4 - w wysokości 100 zł brutto za każdy przypadek.

6) W przypadku nieprzedstawienia dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 11 – w wysokości 100 zł brutto dziennie za każdy dokument.

7) w przypadku zwłoki w dostarczeniu aktualnego ubezpieczenia OC wraz z potwierdzeniem zapłaty składki – 1000 zł brutto dziennie za każdy dzień opóźnienia.

8) W przypadku zwłoki w dostarczeniu dokumentów, o którym mowa w § 2 ust. 11 – 100 zł brutto dziennie za każdy dzień opóźnienia.

4. Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie zapłacić wszelkie kary z tytułu nieprzebrzegania przepisów higieniczno – sanitarnych, zaleceń właściwej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej, BHP i innych, nałożonych przez uprawnione służby kontroli i nadzoru w zakresie odpowiedzialności wynikającej z realizacji niniejszej umowy.

5. Zamawiający ma prawo dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach określonych w Kodeksie Cywilnym, jeżeli szkoda przekracza wysokość kar umownych.

6. Okoliczność, że Zamawiający nie poniósł szkody wskutek opóźnień Wykonawcy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku zapłaty zastrzeżonych kar umownych.”

Mając na uwadze, że przedmiotowe zamówienie polega na żywieniu setek pacjentów Zamawiającego dziennie, rażąco wysoka jest kara umowna zastrzeżona w § 4 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy. Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 4 ust. 3 wzoru umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany. Relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje bowiem zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego pozwoli mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa 793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

Kara umowna w wysokości 20% wartości wynagrodzenia za miesiąc poprzedni – za każde stwierdzone niezgodne z umową wykonanie zamówienia, w szczególności za nieodpowiednią temperaturę posiłku, brak zgodności posiłku z zamówioną dietą oraz nieodpowiednią wielkość posiłku – jest rażąco wygórowana. W przypadku każdego, jednorazowego uchybienia Zamawiający obciąży zatem wykonawcę karą umowną w wysokości 1/5 wartości wynagrodzenia za miesiąc poprzedni. Tak zastrzeżona kara umowna prowadzić będzie do pozbawienia wykonawcy należnego wynagrodzenia za wykonaną usługę, co narusza zasadę odpłatności zamówień publicznych. Postanowienie umowne jest niezależne od tego, czy zamówienie w danym miesiącu zostanie wykonane w znacznej części prawidłowo.

Ponadto podkreślenie wymaga, że zastrzeżenie kary umownej w wysokości 20% wartości miesięcznego wynagrodzenia, w sytuacji, gdy nie jest znana wysokość tego wynagrodzenia, jest nieważne jako niezgodne z art. 483 § 1 K.c. Skoro kara umowna ma być zastrzeżona w określonej kwocie, to odwołanie do wielkości przyszłego miesięcznego wynagrodzenia (w sytuacji, gdy wielkość zamówienia jest nieznaną), stoi w sprzeczności z art. 483 § 1 K.c.

Ten sam zarzut dotyczy również kar umownych zastrzeżonych w § 4 ust. 3 pkt 1 i 2 załącznika nr 12 do SWZ. W chwili zastrzegania nie jest znana wysokość kary umownej, bowiem musi zostać ona dopiero wyliczona.

Zastrzeżenie kary umownej zakładającej ustalanie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej jest niezgodne z art. 483 § 1 K.c., bowiem stanowiłoby inną czynność prawną (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2007 r., I CSK 420/06, opubl. w LEX nr 274239). Tezę tę powtórzono również w późniejszym orzecznictwie. I tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2019 r., I CSK 280/18 (opubl. w Orzecznictwo Sądów Polskich z 2020 nr 11 poz. 88) stwierdził, że: „Przyjęcie konstrukcji prawnej zakładającej ustalanie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej nie byłoby zgodne z art. 483 § 1 k.c. i stanowiłoby inną czynność prawną. Innymi słowy, jeżeli strony nie wskazały wprost wysokości kary umownej, to w umowie musi zostać określona w jednoznaczny sposób podstawa do finalnego określenia tej wysokości, możliwa do obliczenia w momencie zawarcia umowy. Istotne jest, aby zarówno strony umowy, jak i następnie sąd rozpoznający sprawę byli w stanie obliczyć wysokość kary umownej. Oznacza to, że kara umowna powinna być możliwa do wyliczenia już w momencie zawarcia umowy, a jej wysokość nie powinna wymagać dowodzenia - może to dotyczyć całej kary umownej, jak i kary umownej za jednostkę czasu w wypadku zwłoki w spełnieniu świadczenia (np. za dzień). Takim sposobem, bardzo często spotykanym w praktyce, jest procentowe odwołanie do wartości świadczenia albo wynagrodzenia (ceny), przy czym nie ma problemu, jeżeli wynagrodzenie jest określone stałą kwotą (np. ryczałt w umowie o roboty budowlane). Nie jest natomiast możliwe zastrzeżenie kary umownej odnoszące się do wynagrodzenia kosztorysowego, jako że nie jest możliwe ustalenie jej wysokości w dacie zawarcia umowy, jak również w trakcie trwania robót, np. z powodu odstąpienia od umowy.”

W związku z powyższym wnosimy o:

1. zmianę w § 4 ust. 2 wartości „50%” na „20%”;
2. zmianę w § 4 ust. 3 pkt 1 i 2 poprzez zmianę sformułowania „w wysokości 20% wartości brutto niezrealizowanej części umowy” na „10% wartości umowy określonej w § 3 ust. 1”;
3. zmianę w § 4 ust. 3 pkt 3 zmianę wartości „20%” na „1.000,00 złotych”;

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dokonuje modyfikacji treści SWZ – modyfikacja poniżej niniejszego pisma.

Pytanie 6

W § 2 ust. 5 załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w wysokości 50% wartości umowy.

Zgodnie 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.”

Należy podnieść, że komentowany przepis nie daje Zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego w postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50 % wartości umowy i ograniczenia, w ten sposób, roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”) w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy.

Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagle ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8

ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali – koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości – w rezerwie – określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości.

Wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50%, stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu przez Zamawiającego przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego.

W związku z powyższym wnosimy o: zmianę w § 2 ust. 5 wartości „50%” na „80%” oraz określenie precyzyjnych warunków zmiany umowy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dokonuje modyfikacji treści SWZ – modyfikacja poniżej niniejszego pisma.

Pytanie 7

Na podstawie art. 131 ust. 2 pkt 1 Pzp wnosimy o wprowadzenie wymogu obowiązkowej wizji lokalnej, podczas której będzie możliwe obejrzenie miejsca wykonywania usługi dotyczącej w/w postępowania. Wnosimy o ustalenie jednego terminu dla wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu, co pozwoli na wymianę spostrzeżeń oraz zaoszczędzi czas Zamawiającego.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zgodnie z SWZ.

W związku z wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej odwołaniem przez Wykonawcę JOL-MARK Sp. z o.o. (treść poniżej), Zamawiający dokonuje modyfikacji treści SWZ – modyfikacja poniżej niniejszego pisma.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego–JOL-MARK sp. z o.o.–na podstawie art. 505ust. 1 w zw. z art. 513 pkt1ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 z późn. zm. - zwanej dalej „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. 436 pkt 4 lit. b Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 5 K.c. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia do 1% wartości umowy, co jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy;
2. art. 439 ust. 1 i 2 pkt lit. a-b Pzp. poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i określenie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia z użyciem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej jako miernika wartości, w sytuacji gdy koszt wynagrodzeń nie stanowi przy usłudze żywienia głównego kosztu;

3. art. 436 pkt 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 z d. 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 wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę, rażąco wygórowanej kary umownej za każde stwierdzone niezgodne z umową wykonanie zamówienia oraz zastrzeżenie kary umownej w wysokości nieokreślonej sumy;
 4. art. 433 pkt 4 Pzp. w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 3531K.c. przez określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50% co jest wartością rażąco zaniżoną, 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 oraz wobec nieokreślenia precyzyjnych warunków zmiany umowy.
- III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany załącznika nr 12 do SWZ (wzór umowy) poprzez:
1. zmianę w § 6ust. 2 lit. c poprzez zmianę wartości „1%” na „30%”;
 2. zmianę w § 6ust. 2 lit. a poprzez nadanie mu brzmienia: „miernikiem zmiany ceny będzie średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;
 3. zmianę w § 4 ust. 2 wartości „50%” na „20%”;
 4. zmianę w § 4 ust. 3 pkt 1 i 2 poprzez zmianę sformułowania „w wysokości 20% wartości brutto niezrealizowanej części umowy” na „10% wartości umowy określonej w § 3 ust. 1”;
 5. zmianę w § 4 ust. 3 pkt 3 zmianę wartości „20%” na „1.000,00 złotych”;
 6. zmianę w § 2 ust. 5 wartości „50%” na „80%” oraz określenie precyzyjnych warunków zmiany 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 Pzp.

Uzasadnienie

W dniu 23 lipca 2021 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Całodobowe świadczenie usług w zakresie żywienia pacjentów w okresie 36 miesięcy w SPZZOZ w Wyszku wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchennych i pomocniczych oraz wyposażeniem”.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

W § 6 ust. 1 pkt 10-12 załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie Wykonawcy może ulec zmianie w przypadku:

1. zmiany 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, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.
2. zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne – uprawniające Strony do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.
3. zmiany 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).

Z kolei w § 6 ust. 2 lit. c załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający zastrzegł, że „maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszej umowie, nie może przekroczyć kumulatywnie 1% wartości umowy wskazanej w § 3 ust. 1 umowy.”

Powyższe postanowienie SWZ jest niezgodne z art. 439 Pzp.

Ograniczenie zakresu zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy do 1% wartości umowy powoduje, że przewidziana w projekcie umowy waloryzacja ma charakter symboliczny i jedynie pozornie zabezpiecza wykonawcę przed skutkami:

1. zmiany wysokości wynagrodzenia minimalnego za pracę lub minimalnej stawki godzinowej;
2. zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne—uprawniające Strony do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
3. zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U.z2020r.poz.1342).

Umowa zostanie zawarta na 36 miesięcy. W tym okresie mogą wystąpić liczne opisane powyżej zmiany. Zwłaszcza zmiana wysokości wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej może znacznie wpływać na koszty realizacji zamówienia i powodować utratę rentowności realizowanej przez wykonawcę usługi.

Celem wprowadzenia art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) oraz art. 436 pkt 4 lit. b obecnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych było zapewnienie wykonawcy, że zmiana wynagrodzenia będzie miała charakter automatyczny i odpowiedni w stosunku do zmiany okoliczności wskazanych w tym przepisie.

Projektowane postanowienie umowne powoduje, że cel przepisu nie zostanie zachowany, bowiem waloryzacja będzie miała charakter symboliczny. Poprzez symboliczne określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, zmiana wysokości wynagrodzenia nie będzie odpowiednia w stosunku do wpływu, jaki zmiana okoliczności będzie miała na koszty realizacji zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W § 6 ust. 2 załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający określił wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokość minimalnej stawki godzinowej jako miernik zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.

Zgodnie z art 439. ust. 1 Pzp:

- „1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. W umowie określa się:
- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
 - 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
 - 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia Wykonawcy;
 - 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia”.

Zamawiający zaniechał określenia we wzorze umowy sposobu zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy według wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zamawiający wskazał, że miernikiem zmiany wynagrodzenia będzie wysokość wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej.

Koszty wynagrodzeń pracowników nie stanowią głównego kosztu realizacji usługi żywienia. Głównym kosztem przy tej usłudze są koszty produktów spożywczych (tzw. wsad do kotła), użytych do produkcji posiłków dla pacjentów Zamawiającego.

Zamawiający zastosował zatem miernik, który ma mniejsze znaczenie dla wykonawców, a jednocześnie określił maksymalną wartość łącznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy do 1% wartości umowy. Tym samym Zamawiający w sposób pozorny zastosował się do treści art. 439 ust. 1 i 2 Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Ponadto, w Załączniku nr 12 do SWZ –wzorzec umowy w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający umieścił postanowienie § 4 w brzmieniu następującym:

- „1. Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego usuwania stwierdzonych przypadków uchybień.*
- 2. Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć wartości 50% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1.*
- 3. Zamawiający ma prawo do żądania kar umownych od Wykonawcy:*
 - 1) za odstąpienie od niezrealizowanej części umowy lub rozwiązanie umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy-w wysokości 20% wartości brutto niezrealizowanej części umowy,*
 - 2) za odstąpienie od niezrealizowanej części umowy przez Wykonawcę -w wysokości 20% wartości brutto niezrealizowanej części umowy,*
 - 3) za każde stwierdzone niezgodne z umową wykonanie zamówienia w szczególności m.in. nieodpowiednia temperatura posiłku, brak zgodności posiłku z zamówioną dietą, nieodpowiednia wielkość posiłku -w wysokości 20% wartości brutto faktury za poprzedni miesiąc,*
 - 4) za wydanie posiłków innym osobom niż pacjenci, wydanie posiłku z opóźnieniem z przyczyn zależnych od Wykonawcy (opóźnienie powyżej 15 minut) -w wysokości 100 zł za każdy posiłek,*
 - 5) za nierozpatrzenie reklamacji w terminie, określonym w § 5 ust. 3 i ust. 4 - w wysokości 100 zł brutto za każdy przypadek,*
 - 6) w przypadku nieprzedstawienia dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 11 –w wysokości 100 zł brutto dziennie za każdy dokument,*
 - 7) w przypadku zwłoki w dostarczeniu aktualnego ubezpieczenia OC wraz z potwierdzeniem zapłaty składki –1000 zł brutto dziennie za każdy dzień opóźnienia,*
 - 8) W przypadku zwłoki w dostarczeniu dokumentów, o którym mowa w § 2 ust. 11 –100 zł brutto dziennie za każdy dzień opóźnienia.*
- 4. Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie zapłacić wszelkie kary z tytułu nieprzestrzegania przepisów higieniczno –sanitarnych, zaleceń właściwej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej, BHP i innych, nałożonych przez uprawnione służby kontroli i nadzoru w zakresie odpowiedzialności wynikającej z realizacji niniejszej umowy.*
- 5. Zamawiający ma prawo dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach określonych w Kodeksie Cywilnym, jeżeli szkoda przekracza wysokość kar umownych.*
- 6. Okoliczność, że Zamawiający nie poniósł szkody wskutek opóźnień Wykonawcy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku zapłaty zastrzeżonych kar umownych.”*

Mając na uwadze, że przedmiotowe zamówienie polega na żywieniu setek pacjentów Zamawiającego dziennie, rażąco wysoka jest kara umowna zastrzeżona w § 4 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy.

Należy zauważyć, że naliczanie pojedynczych kar umownych, o których mowa w § 4 ust. 3 wzoru umowy może prowadzić do naliczenia łącznej wysokości kar umownych w sposób rażąco wygórowany. Relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje bowiem zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). Łączna wysokość kar umownych zastrzeżona przez Zamawiającego pozwoli mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2014 r., I ACa

793/14 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 września 2014 r., I ACa 343/14). Podstawą przyjęcia w umowie określonych, co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 773/14).

Kara umowna w wysokości 20% wartości wynagrodzenia za miesiąc poprzedni –za każde stwierdzone niezgodne z umową wykonanie zamówienia, w szczególności za nieodpowiednią temperaturę posiłku, brak zgodności posiłku z zamówioną dietą oraz nieodpowiednią wielkość posiłku –jest rażąco wygórowana. W przypadku każdego, jednorazowego uchybienia Zamawiający obciąża zatem wykonawcę karą umowną w wysokości 1/5 wartości wynagrodzenia za miesiąc poprzedni. Tak zastrzeżona kara umowna prowadzić będzie do pozbawienia wykonawcy należnego wynagrodzenia za wykonaną usługę, co narusza zasadę odpłatności zamówień publicznych. Postanowienie umowne jest niezależne od tego, czy zamówienie w danym miesiącu zostanie wykonane w znacznej części prawidłowo.

Ponadto podkreślenie wymaga, że zastrzeżenie kary umownej w wysokości 20% wartości miesięcznego wynagrodzenia, w sytuacji, gdy nie jest znana wysokość tego wynagrodzenia, jest nieważne jako niezgodne z art. 483 § 1 K.c. Skoro kara umowna ma być zastrzeżona w określonej kwocie, to odwołanie do wielkości przyszłego miesięcznego wynagrodzenia (w sytuacji, gdy wielkość zamówienia jest nieznaną), stoi w sprzeczności z art. 483 § 1 K.c.

Ten sam zarzut dotyczy również kar umownych zastrzeżonych w § 4 ust. 3 pkt 1 i 2 załącznika nr 12 do SWZ. W chwili zastrzegania nie jest znana wysokość kary umownej, bowiem musi zostać ona dopiero wyliczona.

Zastrzeżenie kary umownej zakładającej ustalenie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej jest niezgodne z art. 483 § 1 K.c., bowiem stanowiłoby inną czynność prawną (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2007 r., I CSK 420/06, opubl. w LEX nr 274239). Tezę tę powtórzono również w późniejszym orzecznictwie. I tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2019 r., I CSK 280/18 (opubl. w Orzecznictwo Sądów Polskich z 2020 nr 11 poz. 88) stwierdził, że: „*Przyjęcie konstrukcji prawnej zakładającej ustalenie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej nie byłoby zgodne z art. 483 § 1 k.c. i stanowiłoby inną czynność prawną. Innymi słowy, jeżeli strony nie wskazały wprost wysokości kary umownej, to w umowie musi zostać określona w jednoznaczny sposób podstawa do finalnego określenia tej wysokości, możliwa do obliczenia w momencie zawarcia umowy. Istotne jest, aby zarówno strony umowy, jak i następnie sąd rozpoznający sprawę byli w stanie obliczyć wysokość kary umownej. Oznacza to, że kara umowna powinna być możliwa do wyliczenia już w momencie zawarcia umowy, a jej wysokość nie powinna wymagać dowodzenia -może to dotyczyć całej kary umownej, jak i kary umownej za jednostkę czasu w wypadku zwłoki w spełnieniu świadczenia (np. za dzień). Takim sposobem, bardzo często spotykanym w praktyce, jest procentowe odwołanie do wartości świadczenia albo wynagrodzenia (ceny), przy czym nie ma problemu, jeżeli wynagrodzenie jest określone stałą kwotą (np. ryczałt w umowie o roboty budowlane). Nie jest natomiast możliwe zastrzeżenie kary umownej odnoszące się do wynagrodzenia kosztorysowego, jako że nie jest możliwe ustalenie jej wysokości w dacie zawarcia umowy, jak również w trakcie trwania robót, np. z powodu odstąpienia od umowy.*”

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia i modyfikacji zastrzeżonej we wzorze umowy łącznej wysokości kar umownych oraz poszczególnych kar umownych –w sposób określony w *petitum* odwołania.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

W § 2 ust. 5 załącznika nr 12 do SWZ Zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w wysokości 50% wartości umowy.

Zgodnie 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.*”

Należy podnieść, że komentowany przepis nie daje Zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego w postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50 % wartości umowy i ograniczenia, w ten sposób, roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”) w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy.

Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali –koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości –w rezerwie –określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości.

Wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50%, stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu przez Zamawiającego przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego.

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu modyfikacji umowy, poprzez zwiększenie minimalnego progu wykonania umowy do wysokości 80 % oraz precyzyjne określenie warunków zmiany.

Zamawiający w odniesieniu do złożonego odwołania oraz w odpowiedzi na zadane pytania przez pozostałych Wykonawców, działając na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Całodobowe świadczenie usług w zakresie żywienia pacjentów w okresie 36 miesięcy w SPZZOZ w Wyszkowie wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchennych i pomocniczych oraz wyposażeniem”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2021 roku pod numerem: 2021/S 141-374443, numer referencyjny: DEZ/Z/341/ZP-13/2021 r., dokonał modyfikacji następujących dokumentów:

Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ).

1. W Rozdziale XIII ust. 1 pkt. 1.2. lit. d) ppkt. 1) otrzymuje brzmienie:

- „1) Wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w świadczeniu usług w zakresie żywienia pacjentów, co najmniej 2 zamówienia zrealizowane na rzecz podmiotów leczniczych trwające nieprzerwanie minimum 12 miesięcy, obejmujące co najmniej 100 łóżek, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie.

Potwierdzeniem spełnienia warunku będzie złożony Załącznik nr 9 – Wykaz usług wraz potwierdzeniem ich należytego wykonania (referencjami).”

2. W Rozdziale XV ust. 8 pkt. 12 otrzymuje brzmienie:
„12) Dotyczy systemu cateringowego - Kopia zezwolenia wydanego przez Państwowego Inspektora Sanitarnego na świadczenie usług żywienia z uwzględnieniem świadczenia usług cateringowych;”
3. Wykreśleniu ulega Rozdziale XV ust. 8 pkt. 13.
4. W Rozdziale XV ust. 8 pkt. 14 otrzymuje brzmienie:
„14) W przypadku systemu cateringowego - Kopia aktualnej decyzji właściwego Inspektora Sanitarnego zatwierdzająca kuchnię centralną wraz z wydzieloną drogą dystrybucji posiłków na zewnątrz, potwierdzająca możliwość produkcji i wywozu na zewnątrz posiłków w systemie cateringowym. W przypadku świadczenia usługi w kuchni Zamawiającego - Kopia aktualnej decyzji właściwego Inspektora Sanitarnego zatwierdzająca kuchnię centralną.
5. W Rozdziale XV ust. 8 pkt. 15 otrzymuje brzmienie:
„15) W przypadku systemu cateringowego - Wykaz środków transportu, dopuszczonych na podstawie decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego, zatwierdzająca środki transportu do wykonywania zamówienia, spełniające wymogi do przewozu żywności, środków spożywczych i resztek pokonsumpcyjnych.
6. W Rozdziale XXIII zostaje dodany ust. 4 w brzmieniu:
„4. Kopia aktualnego wpisu do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej.”

Załącznik nr 9 do SWZ – Wykaz świadczonych usług.

Zmianie ulega zapis w ww. Załączniku.

Było:

Wykaz potwierdza posiadanie doświadczenia w świadczeniu usług w zakresie żywienia pacjentów na rzecz co najmniej 2 podmiotów leczniczych obejmujących co najmniej 100 łóżek w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy- w tym okresie, z załączonymi dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi - referencjami.

Otrzymuje brzmienie:

Wykaz potwierdza posiadanie doświadczenia w świadczeniu usług w zakresie żywienia pacjentów, co najmniej 2 zamówienia zrealizowane na rzecz podmiotów leczniczych trwające nieprzerwanie minimum 12 miesięcy, obejmujące co najmniej 100 łóżek, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie, z załączonymi dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi - referencjami.

Załącznik nr 2 do SWZ – Formularz ofertowy.

W pkt 1 Formularza ofertowego po lit. g) wprowadza się lit. h) w brzmieniu:

- „h) Wartość wsadu do kotła, o którym mowa w części II pkt 3 Załącznika nr 1 do SWZ
brutto zł
słownie:.....
w tym:
nettozł”

Załącznik nr 12 do SWZ –Wzór umowy

1. § 2 ust. 5 otrzymuje brzmienie: „5. Zamawiający określa minimalny próg wykonania umowy w wysokości do 60 % wartości umowy, o której mowa w § 3 ust. 1 umowy, z zastrzeżeniem, że zobowiązanie Zamawiającego co do minimalnego progu, nie ma zastosowania w przypadku odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub przyczyn, o których mowa w art. 456 i 457 Pzp. ”;
2. § 2 ust. 11 lit. b) otrzymuje brzmienie: „b) oświadczenia Wykonawcy o zatrudnieniu personelu niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia, określającego zanimizowany wykaz pracowników, stanowisko, wymiar czasu pracy, wynagrodzenie niniejsze oświadczenie

będzie stanowić podstawę do dokonywania zmian w umowie zgodnie z § 6 ust. 4 pkt 8 lit. a), c), d)”;

3. **§ 3 ust. 17 pkt 2)** otrzymuje brzmienie: „2) zmian, o których mowa w § 6 ust. 4 pkt 8 lit. a), c), d)”;
4. **§ 4 otrzymuje brzmienie:**
 1. Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego usuwania stwierdzonych przypadków uchybień.
 2. Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć wartości 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1.
 3. Zamawiający ma prawo do żądania kar umownych od Wykonawcy w przypadku:
 - 1) za odstąpienie od umowy lub rozwiązanie umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy- w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1,
 - 2) za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę - w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1,
 - 3) za powtórne stwierdzone niezgodne z umową wykonanie zamówienia w przypadkach tj. nieodpowiednia temperatura posiłku, brak zgodności posiłku z zamówioną dietą lub jadłospisem, nieodpowiednia wielkość posiłku i/lub ilości posiłków, niezgodna kaloryczność, nieprawidłowy sposób transportu posiłków, za opóźnienie w wydawaniu posiłków powyżej 15 minut z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy jak również w odniesieniu do § 4 ust. 8 – kara wynosi 5% wartości miesięcznego wynagrodzenia,
 - 4) za niedotrzymanie terminu w udzieleniu odpowiedzi na reklamację określonego w § 5 ust. 5, obejmującego reklamację opisaną w ust. 3 i ust. 4 - w wysokości 100 zł za każdy przypadek,
 - 5) w przypadku zwłoki w dostarczeniu kontynuacji ubezpieczenia OC wraz z potwierdzeniem zapłaty składki, w terminie ciągłym jej obowiązywania – 5% wynagrodzenia dziennego za każdy dzień zwłoki.
 4. Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie zapłacić wszelkie kary z tytułu nieprzestrzegania przepisów higieniczno – sanitarnych, zaleceń właściwej Stacji Sanitarно-Epidemiologicznej, BHP i innych, nałożonych przez uprawnione służby kontroli i nadzoru w zakresie odpowiedzialności wynikającej z realizacji niniejszej umowy.
 5. Odpowiedzialność Stron z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy wyłączają jedynie zdarzenia losowe związane z działaniem Siły Wyższej. Termin „Siła Wyższa” oznacza zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i zapobiegania zdarzeniu występującemu po zawarciu umowy, uniemożliwiające należyte wykonanie przez Stronę jej obowiązków, w szczególności takie jak katastrofy naturalne, wojny, ataki terrorystyczne.
 6. Jeżeli zaistnieje Siła Wyższa, Strona, której dotyczą okoliczności Siły Wyższej bezzwłocznie zawiadomi drugą Stronę na piśmie o jej zaistnieniu i przyczynach. Jeżeli po zawiadomieniu Strony nie uzgodnią inaczej w formie pisemnej, każda ze Stron będzie kontynuowała wysiłki w celu wywiązania się ze swoich zobowiązań. Strona, której dotyczą okoliczności Siły Wyższej doloży wszelkich starań, aby niezwłocznie przedstawić drugiej Stronie dokumentację, która wyjaśnia naturę i przyczyny zaistniałej okoliczności Siły Wyższej w takim zakresie, w jakim jest to możliwie osiągalne.
 7. Żadna Strona nie będzie odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie swoich zobowiązań w ramach umowy, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy jest wynikiem działania Siły Wyższej.
 8. W przypadku zaistnienia Siły Wyższej (np. katastrofy lądowej) leżącej po stronie Wykonawcy, ww. katastrofa nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku świadczenia usługi i w terminie nie dłuższym niż do 3 godzin od jej wystąpienia musi ustanowić zastępstwo, w celu wywiązania się z obowiązku wynikającego z umowy.
 9. Wykonawca wyraża zgodę na potrącanie kar umownych z należnego mu wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, z zastrzeżeniem, że decyzja w tym zakresie pozostaje po stronie Zamawiającego, z zastrzeżeniem ust. 11.
 10. W innym przypadku niż określonym w ust. 9, Wykonawca dokonana zapłaty kary na podstawie wezwania Zamawiającego.

11. Przepisy ust. 9 stosuje się z zastrzeżeniem art. 15r ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 1842) – do czasu jego zmiany lub uchylecia.
12. W przypadku, gdy szkoda przewyższy wartość kar umownych, Zamawiający może żądać odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych na zasadach ogólnych.
13. Okoliczność, że Zamawiający nie poniósł szkody wskutek opóźnień Wykonawcy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku zapłaty zastrzeżonych kar umownych.”.

5. § 6 otrzymuje brzmienie:

1. Zmiana postanowień umowy może nastąpić za zgodą obu Stron wyrażoną na piśmie w formie aneksu do umowy pod rygorem nieważności.
2. Zmiana Umowy musi być zgodna z ustawą Pzp.
3. Zmiana Umowy dokonana z naruszeniem ust. 2 podlega unieważnieniu.
4. Strony przewidują możliwość zmiany treści Umowy w przypadku:
 - 1) zmiany danych teleadresowych określonych w umowie,
 - 2) zmiany rachunku bankowego Wykonawcy,
 - 3) gdy, niezbędna jest zmiana zakresu umowy z uwagi na decyzje podjęte przez organ nadzorujący Zamawiającego;
 - 4) zaistnienia Siły Wyższej mającej wpływ na realizację umowy,
 - 5) wystąpienia niezależnych od Zamawiającego i Wykonawcy istotnych okoliczności, których nie można było przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności, które mają wpływ na realizacji zamówienia,
 - 6) niezbędna jest zmiana sposobu wykonania Umowy, o ile zmiana taka jest korzystna dla Zamawiającego oraz konieczna w celu prawidłowego wykonania umowy,
 - 7) zmiany wysokości czynszu, gdzie:
 - a) miernikiem zmiany ceny będzie roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (pot. inflacja) ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego,
 - b) stawki podatku od towarów i usług,
 - c) Zamawiający zobowiązany będzie do pisemnego poinformowania Wykonawcy o planowanej zmianie,
 - d) waloryzacja następowała będzie raz w roku, w pierwszym miesiącu kolejnego roku.
 - 8) zmiany wysokości wynagrodzenia gdzie:
 - a) zmian wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę,
 - b) zmianę wynagrodzenia reguluje rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę,
 - c) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – uprawniające Strony do zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę,
 - d) zmiany 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. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572).
 - e) Strony ustalają, że zmiany, o których mowa w ust. 4 pkt. 8 lit. a), c), d), będą obowiązywać po okresie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Zaś kolejna zmiana nastąpi w pierwszym miesiącu kolejnego roku kalendarzowego.
5. Strony ustalają, że w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w ust. 4 pkt 8 lit. a), c), d) Wykonawca może wystąpić do Zamawiającego w terminie 30 dni od daty wprowadzenia zmiany z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia, przedkładając odpowiednie dokumenty potwierdzające zasadność złożenia takiego wniosku, z tym, że:
 - 1) Wykonawca powinien wykazać ponad wszelką wątpliwość, że zaistniała zmiana ma bezpośredni wpływ na koszty wykonania umowy oraz określić stopień, w jakim wpłynie ona na wysokość wynagrodzenia,

- 2) podstawą do uznania wskazanej przez Wykonawcę liczby pracowników, których dotyczy waloryzacja, będzie zestawienie zawierające wykaz pracowników (niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy) o którym mowa w § 2 ust. 11 lit. b), zawierający stanowisko, wymiar czasu pracy, wynagrodzenie, oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu pracownika na podstawie umowy o pracę, oraz poświadczone za zgodność z oryginałem kopii ulówków zatrudnionych pracowników.
- 3) W terminie nie dłuższym niż 5 dni od daty wpływu wniosku Strony podejmują negocjacje w zakresie zmiany wynagrodzenia,
- 4) Jeżeli w terminie 30 dni od daty wszczęcia negocjacji Strony nie osiągną porozumienia, potwierdzonego obustronnie podpisanym protokołem z negocjacji, Wykonawca może wypowiedzieć umowę z zachowaniem sześciomiesięcznego terminu wypowiedzenia. Bieg okresu wypowiedzenia rozpoczyna się od pierwszego dnia miesiąca następującego po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu.
- 5) Maksymalna wartość zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, nie może przekroczyć kumulatywnie do 6% wartości wynagrodzenia wskazanego w § 3 ust. 1 umowy.
6. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 4 pkt 7 lit. b), wynegocjowana wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.
7. Podstawą dokonania zmian, o których mowa w ust. 4 pkt. 1 – 8 i zawarcia aneksu powinno być pismo informacyjne, zaakceptowane przez obie Strony.
8. Zawarcie aneksu do umowy nastąpi w terminie rozstrzygnięcia wniosku ”.

6. § 7 otrzymuje brzmienie:

1. Zamawiający może odstąpić od Umowy, jeżeli Wykonawca w rażący sposób narusza postanowienia Umowy.
2. Do rażących naruszeń Umowy zalicza się w szczególności następujące przypadki:
 - 1) Kary umowne, o których mowa w § 4 ust. 3 pkt 3-5 naliczone Wykonawcy, przekroczyć łączną wysokość kar umownych, o której mowa w § 4 ust. 2,
 - 2) Wykonawca pozostaje w zwłoce w realizacji zaleceń i poleceń wynikających z kontroli Zamawiającego lub innych organów uprawnionych do kontroli sposobu wykonania umowy powodujący zagrożenie, że należyte wykonanie umowy nie będzie możliwe lub poważnie zagrożone,
 - 3) Wykonawca pomimo co najmniej dwukrotnego pisemnego wezwania do zaniechania naruszeń wykonuje świadczenie w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową,
 - 4) Wykonawca powierzył wykonanie umowy lub jej części osobie trzeciej bez zgody Zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej,
 - 5) nastąpiła zmiana składu Wykonawców, którzy wspólnie ubiegali się o udzielenie zamówienia i wspólnie je uzyskali, z wyjątkiem sytuacji, w której nastąpiła sukcesja uniwersalna;
 - 6) Wykonawca naruszył zasady zachowania poufności danych,
 - 7) Wykonawca nie będzie posiadał lub utracił uprawnienie lub warunki niezbędne do należytego wykonania umowy,
 - 8) ogłoszenia upadłości lub likwidacji Wykonawcy,
 - 9) braku ważnej polisy ubezpieczeniowej.
3. W przypadku zaistnienia okoliczności stanowiących podstawę do odstąpienia od umowy, o których mowa w ust. 2 pkt 2, 3, 4, 6, 7 i 9 Zamawiający przed wykonaniem prawa odstąpienia jest zobowiązany powiadomić Wykonawcę o zamiarze wykonania prawa odstąpienia. Powiadomienie musi zostać dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności oraz zawierać oświadczenie Zamawiającego, że zamierza skorzystać z prawa odstąpienia. Jeżeli niezwłocznie, nie dłużej jednak niż w ciągu 3 dni roboczych, po otrzymaniu tego powiadomienia Wykonawca, uprawdopodobni, że pomimo wskazanych w powiadomieniu naruszeń postanowień umownych jest w stanie wykonać przedmiot

umowy w sposób należyty, wówczas Zamawiający może zrezygnować z prawa do odstąpienia i wezwie pisemnie Wykonawcę do zaniechania naruszeń postanowień umowy i usunięcia skutków tych naruszeń w terminie nie dłuższym niż 3 dni od dnia doręczenia wezwania. W przypadku bezskutecznego upływu ww. terminu Zamawiającemu przysługuje prawo złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy w terminie 5 dni od upływu terminu, o którym mowa w zdaniu poprzednim. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy powinno być sporządzone na piśmie pod rygorem nieważności.

4. Zamawiający w okolicznościach stanowiących podstawę do odstąpienia od umowy, o których mowa w ust. 2 pkt 1, 2, 3, 4, 6, 7 i 9, zastrzega sobie prawo do określenia okresu odstąpienia od umowy z terminem zakończenia przez Wykonawcę wykonania przedmiotu umowy nie dłuższym niż 60 dni od daty doręczenia oświadczenia o odstąpieniu.
5. Postanowienia ust. 3 i 4, nie dotyczą przypadku określonego w ust. 2 pkt 5 i 8. W tym przypadku Zamawiającemu przysługuje prawo do wykonania prawa odstąpienia od umowy w terminie 7 dni od daty powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia.
6. W wypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, Wykonawca może żądać tylko wynagrodzenia z tytułu wykonania części umowy.

Modyfikacja stanowi integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Treść modyfikacji SWZ oraz:

- Załącznik nr 2 do SWZ – Formularz ofertowy – zmieniony w dniu 13-08-2021 r.,
- Załącznik nr 9 do SWZ - Wykaz świadczonych usług – zmieniony w dniu 13-08-2021 r.,
- Załącznik nr 10 do SWZ – Wykaz osób- zmieniony w dniu 13-08-2021 r.,
- Załącznik nr 12 do SWZ – Wzór umowy – zmieniony w dniu 13-08-2021 r.,
- Załącznik nr 15 do SWZ – wykaz środków transportu – dodany w dniu 13-08-2021 r.

zostaną zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego po publikacji ogłoszenia w Biuletynie Unii Europejskiej, zgodnie z art. 137 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 tekst jednolity).

Zamawiający informuje, iż zmianie ulega termin składania i otwarcia ofert:

Było:

Oferty należy złożyć do dnia 25.08.2021 r. do godz. 10.00

Otwarcie ofert nastąpi w siedzibie Zamawiającego w dniu 25.08.2021 roku o godz. 10:15.

Jest:

Oferty należy złożyć do dnia 30.08.2021 r. do godz. 10.00

Otwarcie ofert nastąpi w siedzibie Zamawiającego w dniu 30.08.2021 roku o godz. 10.15


DYREKTOR
Samodzielnego Publicznego Zespołu
Zakładów Opieki Zdrowotnej
w Wyszkowie
Tomasz Baroński