

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

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
e-mail: dzp@szpital-grajewo.pl

Odwołujący: Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź
KRS: 0000510909
Tel. +48 42 640 57 77
FAX: +48 42 257 28 16
e-mail: przetargi@rekeep.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę żywienia pacjentów Szpitala Ogólnego w Grajewie” ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 kwietnia 2021 roku pod nr 2021/S 065-166093, znak sprawy ZP 02/21.

Działając w imieniu Odwołujących Naprzód Hospital sp. z o.o., 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 (tj. Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm.)- **dalej Pzp**, wnoszę odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 436 pkt 3 Pzp** poprzez nie wprowadzenie w projekcie kar umownych łącznej maksymalnej wysokości kar umownych;
2. **art. 439 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie określenia w projektowanych postanowieniach umowy klauzul przewidujących wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
3. **art. 99 ust. 1 Pzp z związku z art. 359 pkt 1 Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. zaniechanie podania danych dotyczących pracowników, w sytuacji zobowiązania do przejścia tych pracowników na zasadzie art. 23¹ kodeksu pracy;
4. **art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku z art. 359 pkt 1 Pzp** poprzez przewidzenie, że wykonawca ma legitymować się zezwoleniem na prowadzenie działalności cateringowej, w sytuacji gdy przepisy prawa nie wymagają takiego zezwolenia.
5. **art. 246 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 359 pkt 1 Pzp** wobec ustanowienia dwóch cenowych kryteriów ocen ofert: ceny i procentowego udziału wsadu w cenie, co w konsekwencji doprowadziło do tego że nie zostało przewidziane kryterium pozacenowe.
6. **Art. 16 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez ustanowienie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert wsad do kotła, który jest kryterium nie przejrzystym i naruszającym zasadę uczciwej konkurencji.
7. **art. 16 pkt 2 i 3 Pzp** poprzez przewidzenie, że wykonawca ma na każde żądanie Zamawiającego przedstawić w terminie 7 dni dostarczać RTG płuc z opisem oraz dokumenty potwierdzające dwukrotne szczepienie p/odrze każdego pracownika, co jest wymogiem nieprzejrzystym i nieproporcjonalnym, pozbawionym podstaw prawnych

Wobec powyższego żądam nakazania Zamawiającemu:

I .Wprowadzenie maksymalnego limitu kar umownych w projekcie umowy;

II. Umieszczenie w Specyfikacji Warunków Zamówienia następujących informacji:

1) podania informacji o wysokości wynagrodzenia przekazywanych pracowników;

2) przekazania aktach wewnętrznych mających wpływ na ustalenie warunków pracy i płacy przejmowanych pracowników tj. ZUZP, Regulamin Pracy, Regulamin; Wynagrodzenia, Regulamin ZFŚS, itp.

2) informacji o należnym wymiarze urlopu wypoczynkowego poszczególnych osób (zaległych, bieżących);

3) informacji na temat, jaki jest stopień niepełnosprawności przejmowanych pracowników;

4) informacji na temat, czy pracownicy wykonują aktualnie pracę, czy korzystają z urlopów wypoczynkowych lub przebywają w długotrwałych zwolnieniach lekarskich, świadczeniu rehabilitacyjnym, urlopie macierzyńskim, urlopie wychowawczym lub bezpłatnym;

5) informacji na temat, czy pracownicy są objęci jakimikolwiek gwarancjami w zakresie ich zatrudnienia lub wynagrodzenia, które mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy oraz czy pracownikom wypowiedziano warunki umowy w części dotyczącej wynagrodzeń. Ewentualnie które składniki wynagrodzeń zostały zmienione do dnia ich przejęcia;

6) informacji na temat tego, czy prowadzone jest postępowanie sądowe w zakresie spraw pracowniczych;

8) informacji na temat tego, czy po zakończeniu trwania umowy bądź po wypowiedzeniu umowy zamawiający zobowiązuje się do ponownego zatrudnienia przejętych pracowników;

9) informacji o tym jakie są ewentualne potrącenia z wynagrodzeń przejmowanych pracowników;

10) informacji na temat, czy istnieje jakiegokolwiek odrębne porozumienie, umowa pakiet socjalny podpisany ze związkami zawodowymi, w których pracodawca zobowiązuje się do jakichkolwiek gwarancji w zakresie zatrudnienia pracowników lub wysokości ich wynagrodzenia, które to gwarancje mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy;

11) informacji na temat, czy na przewidywany dzień przejęcia pracowników będą jakiegokolwiek nieuregulowane należności oraz jeżeli tak to z jakiego tytułu i w jakiej wysokości.

12) informacji na temat stanowisk pracy przekazywanych pracowników.

III. Zmiany kryterium oceny ofert wsad do kotła na następujące kryterium:

Kryterium (L) posiadanie licencji gotowego posiłku – 40%

Ocena jakości dotyczyć będzie posiadania przez Wykonawcę:

zaświadczenia wydanego od roku 2019 wzwyż przez akredytowane laboratorium żywnościowe o uzyskaniu licencji gotowego posiłku, potwierdzającego jakość gotowego wyrobu przygotowanego w ramach danej diety szpitalnej (1 dieta= 1 zaświadczenie).

Punkty zostaną przyznane według posiadanej liczby zaświadczeń wg. zasady:

10 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 20 pkt

5 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 5 pkt

mniej niż 5 zaświadczeń - 0 pkt

Ocena na podstawie dołączonych do oferty zaświadczeń wydanych przez akredytowane laboratorium

żywnościowe.

Lub

Kryterium (J) – jadłospis dla diety podstawowej – 40%

Ocena ofert w kryterium jadłospis odbywać się będzie na podstawie przedstawionych w ofercie jadłospisów dekadowych (10 dniowych) dla diety podstawowej z gramaturą dla każdej potrawy oraz kalorycznością z całego dnia.

Zakres oceny jadłospisów będzie zgodny z poniższą tabelą.

Zakres oceny poszczególnych jadłospisów przedstawionych w ofercie		Zakres punktacji
1	Kaloryczność	0-2
	Średnia kaloryczność z dekady powyżej 1800 kcal	2
	Średnia kaloryczność z dekady 1500-1800 kcal	1
	Średnia kaloryczność z dekady poniżej 1500 kcal	0
2	Zróżnicowanie potraw (II dania, zupy, pasty,)	0-2
	Potrawy nie powtarzają się w jadłospisie w ciągu 10 dniu	2
	Potrawy powtarzają się Ix w ciągu 10 dniu	1
	Potrawy powtarzają się więcej niż Ix w ciągu 10 dniu	0
3	Technologia - obróbka termiczna	0-2
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym więcej niż 3 metod obróbki termicznej	2
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym 3 metod obróbki termicznej	1
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym mniej niż 3 metod obróbki termicznej	0
4	Technologia - obróbka warzyw	0-2
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym więcej niż 3 metod przetwarzania dodatków warzywnych	2
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym 3 metod przetwarzania dodatków warzywnych	1
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym mniej niż 3 metod przetwarzania dodatków warzywnych	0

W jadłospisach dekadowych należy wpisywać nazwy potraw umożliwiające pełną identyfikację metody obróbki technologicznej np. sałatka z..., surówka z Nie dotyczy to nazw potraw jednoznacznie określających zawartość np. mizeria. Sformułowania typu: sałatka belgijska nie będą brane pod uwagę przy ocenie technologii.

Ocena jadłospisów wyrażona będzie jako średnia arytmetyczna sumy punktów przyznanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej oceniających jadłospisy. W przypadku, gdy ocena stanowić będzie wartość ułamkową, zostanie zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku.

Następnie, Zamawiający podstawia uzyskane w ocenie jadłospisu punkty do poniższego wzoru:

$$J = (S/L) \times MP$$

gdzie:

S - uzyskana ilość punktów w ocenie jadłospisu w badanej ofercie

L - najwyższa ilość punktów uzyskana w ocenie jądrospisu
MP - maksymalna punktacja

IV. Wykreślenie V pkt. 2 ppkt. a I SWZ- warunku udziału w postępowaniu, że wymagane jest zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej wydane przez SANEPID

V. Wykreślenie z załącznika nr 2 do SWZ umowy nr ZP/02/21 -wzór punktu h ust 1 §3

VI. Wprowadzenie do załącznika nr 2 do SWZ umowy nr ZP/02/21 § 11 ust. 7 o następującej treści: waloryzowana stawka wynagrodzenia znajduje zastosowanie począwszy od kolejnego miesiąca kalendarzowego, następującego po miesiącu, w którym opublikowano stosowny Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w roku 2022, 2023 i 2024. Wykonawca winien złożyć do Zamawiającego wnioski w powyższym zakresie odpowiednio do końca I kwartału 2022 roku lub 2023 roku lub 2024 roku, z tym że zmiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od miesiąca, w którym został złożony ww. wniosek.”

Oświadczam, iż Odwołujący posiadają interes faktyczny i prawny albowiem Zamawiający nieprawidłowo sporządził Specyfikację Warunków Zamówienia

UZASADNIENIE

Naruszenie art. 436 pkt 3 Pzp

W § 12 projektu umowy Zamawiający przewidział możliwość nakładania kar umownych. Zamawiający jednak nie przewidział maksymalnej wysokości kar umownych, czym naruszył wprost art. 436 pkt 3.

Naruszenie art. 439 ust. 1 Pzp

§ 11 Załącznika nr 2 do SIWZ Umowa nr ZP/02/21-wzór– Zamawiający przewidział zasady zmiany wynagrodzenia wykonawcy z umowy, z pominięciem jednak waloryzacji w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, o której mowa w art. 439 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.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

Zamawiający nie przewidział klauzuli, o której mowa w art. 439 ust. 1 Pzp, na zasadach określonych w ust. 2-5, stąd konieczne jest wprowadzenie zmian do projektowanych postanowień umowy.

Naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp z związku z art. 359 pkt 1 Pzp

Opis przedmiotu zamówienia jest wadliwy. Zamawiający przewidział przejęcie przez wykonawcę 12 pracowników na zasadzie art. 23¹ kodeksu pracy. W tym względzie nie podał żadnych informacji. Konsekwencją ww. wad opisu przedmiotu zamówienia jest przede wszystkim to, że wykonawca nie posiada wszystkich danych niezbędnych do prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej.

SWZ nie zawiera danych dotyczących przejęcia pracowników takich jak:

- 1) wysokość wynagrodzenia przejmowanych pracowników;
- 2) informacji o aktach wewnętrznych mających wpływ na ustalenie warunków pracy i płacy przejmowanych pracowników tj. ZUZP, Regulamin Pracy, Regulamin; Wynagrodzenia, Regulamin ZFŚS, itp.

2) informacji o należnym wymiarze urlopu wypoczynkowego poszczególnych osób (zaległych, bieżących);

3) informacji na temat, jaki jest stopień niepełnosprawności przejmowanych pracowników;

4) informacje na temat, czy pracownicy wykonują aktualnie pracę, czy korzystają z urlopów wypoczynkowych lub przebywają w długotrwałych zwolnieniach lekarskich, świadczeniu rehabilitacyjnym, urlopie macierzyńskim, urlopie wychowawczym lub bezpłatnym;

5) informacji na temat, czy pracownicy są objęci jakimikolwiek gwarancjami w zakresie ich zatrudnienia lub wynagrodzenia, które mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy oraz czy pracownikom wypowiedziano warunki umowy w części dotyczącej wynagrodzeń. Ewentualnie które składniki wynagrodzeń zostały zmienione do dnia ich przejęcia;

7) informacji na temat tego, czy prowadzone jest postępowanie sądowe w zakresie spraw pracowniczych;

9) informacji o tym jakie są ewentualne potrącenia z wynagrodzeń przejmowanych pracowników;

10) informacji na temat, czy istnieje jakiegokolwiek odrębne porozumienie, umowa pakiet socjalny podpisany ze związkami zawodowymi, w których pracodawca zobowiązuje się do jakiegokolwiek gwarancji w zakresie zatrudnienia pracowników lub wysokości ich wynagrodzenia, które to gwarancje mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy;

11) informacji na temat, czy na przewidywany dzień przejęcia pracowników będą jakiegokolwiek nieuregulowane należności oraz jeżeli tak to z jakiego tytułu i w jakiej wysokości;

12) podanie stanowisk pracy;

Powyższe dane mają istotny wpływ na sporządzenie prawidłowej oferty cenowej. Bez powyższych danych wykonawcy nie są w stanie uwzględnić kosztów związanych z zatrudnieniem przejmowanych pracowników.

Naruszenie art. 16 pkt 2i 3 Pzp

Zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ umowy nr ZP/02/21 - wzór punktu h ust 1 §3 przewidział, że na wykonawca na każde żądanie Zamawiającego, w terminie 7 dni dostarczyć RTG płuc z opisem oraz dokumenty potwierdzające dwukrotne szczepienie p/odrze każdego pracownika. Takie żądanie nie ma podstaw prawnych aby wymagać od wykonawcy by kierował pracownikami na RTG płuc i szczepienie przeciwko odrze.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia i Opieki Zdrowotnej z dnia 30 maja 1996 r. w sprawie przeprowadzania badań lekarskich pracowników, zakresu profilaktycznej opieki zdrowotnej nad pracownikami oraz orzeczeń lekarskich wydawanych do celów przewidzianych w Kodeksie pracy (nie przeprowadza się takich badań dla osób zatrudnionych przy produkcji posiłków).

Rtg klatki piersiowej przeprowadza się jedynie w szczególnych przypadkach np. narażenia na pyły przemysłowe takie jak azbest, krzemionka itp. oraz na w sytuacjach narażenia na czynniki chemiczne.

Naruszenie art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku z art. 359 pkt 1 Pzp

Zamawiający przewidział w V pkt. 2 ppkt. a I SWZ- jako warunek udziału w postępowaniu, że wymagane jest zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej wydane przez SANEPID. Zgodnie z art. 61 i 63 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia do prowadzenia działalności cateringowej nie jest przewidziane zezwolenie. Zgodnie z w/w przepisami Państwowy powiatowy inspektor sanitarny wydaje decyzję na zakład, w którym mają być produkowane posiłki. Kuchnia jest własnością Zamawiającego i powinien dysponować taką decyzją albowiem jest wydawana na zakład, w którym mają być produkowane posiłki.

Naruszenie art. 246 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp

Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert jako kryterium oceny ofert cenę z wagą 60% i wsad do kotła 40%, określony jako procentowy udział w cenie.

Po pierwsze Zamawiający naruszył art. **art. 246 ust. 1i 2 P.z.p.** wobec zastosowania dwóch kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do ceny. Albowiem struktura ceny nie jest kryterium poza cenowym.

Po drugie takie kryterium niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego. Obrazuje to następujący przykład. Wynagrodzenie wykonawcy będzie podlegało waloryzacji z w związku ze wzrostem wynagrodzenia minimalnego i stawki minimalnej z umów zlecenia. W takiej sytuacji będzie to pociągało konieczność również zwiększenia wysokości wsadu. W konsekwencji przekreśli cel waloryzacji. Ponadto takie kryterium pozwala na manipulowanie strukturą ceny. Wykonawcy mogą oferować niską cenę, na granicy ceny rażąco niskiej z określeniem dużego udziału procentowego wsadu, zdobywając przewagę konkurencyjną nad konkurentami, którzy przedstawią rzetelną kalkulację ceny.

W załączeniu:

1. KRS,
2. Potwierdzenie uiszczenia opłaty,
3. Pełnomocnictwo.