

Sygn. akt: KIO 2807/22

**WYROK**  
**z dnia 7 listopada 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę: **CATERMED Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym, ul. Marii Konopnickiej 65, Dziekanów Leśny, 05-092 Łomianki,**

przy udziale wykonawcy: **Dussmann Polska Sp. z o.o., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2807/22 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia przepisów:**

- art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, przez brak określenia w załączniku nr 3 do SWZ minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający w trakcie wykonywania zamówienia,
- art. 436 pkt 4 lit b) w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, przez nieokreślenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku 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 oraz z 2022 r. poz. 1079),
- art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, przez

zastrzeżenie w § 13 projektowanych postanowień umowy prawa do wypowiedzenia i rozwiązania umowy jedynie po stronie Zamawiającego, bez zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę w zakresie co najmniej równym jak Zamawiający, co stanowi o nadużyciu pozycji dominującej Zamawiającego;

2. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp. w zw. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, poprzez określenie w ustępie 32 rozdziału „KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT” Specyfikacji Warunków Zamówienia - kryterium - „Czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji” o wadze kryterium 20% na podstawie deklaracji wykonawcy w Formularzu oferty i nakazuje zamawiającemu zmianę treści SWZ w powyższym zakresie poprzez określenie sposobu weryfikacji tego kryterium umożliwiającego weryfikację tego kryterium i porównanie ofert;

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4. kosztami postępowania odwoławczego obciąża w części 1/2 zamawiającego: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym, ul. Marii Konopnickiej 65, Dziekanów Leśny, 05-092 Łomianki** oraz w części 1/2 wykonawcę: **CATERMED Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **CATERMED Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym, ul. Marii Konopnickiej 65, Dziekanów Leśny, 05-092 Łomianki** na rzecz wykonawcy: **CATERMED Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź** kwotę **9 309 zł 80 gr** (słownie: dziewięć tysięcy piętnaście tysięcy trzysta dziewięć złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą 1/2 kosztów poniesionych z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający, Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi społeczne w przedmiocie „Świadczenie usług w zakresie przygotowania i dostaw całodziennego wyżywienia dla pacjentów hospitalizowanych w SZPZOZ im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 października 2022 roku pod numerem: 2022/S 199-564465.

Wykonawca CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” wniósł odwołanie wobec określenia przez Zamawiającego w postępowaniu poza-cenowego kryterium oceny ofert oraz wobec projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp. w zw. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, poprzez określenie w ustępie 32 rozdziału „KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT” Specyfikacji Warunków Zamówienia - kryterium „Czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji” o wadze kryterium 20% na podstawie deklaracji wykonawcy w Formularzu oferty podczas gdy Zamawiający określił powyższe kryterium, jako stanowiące obietnicę, co powoduje, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert, a kryteria te są całkowicie nieweryfikowalne;
2. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp. w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp. w zw. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, poprzez określenie w ustępie 32 rozdziału „KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT” Specyfikacji Warunków Zamówienia - kryterium „Wzorcowy będący odwzorowaniem wszystkich pojawiających się w trakcie trwania całej umowy, jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej” o wadze kryterium 20% na podstawie deklaracji wykonawcy w Formularzu oferty, podczas gdy Zamawiający określił powyższe kryterium, jako stanowiące obietnicę, co powoduje, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert, a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne;
3. art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp. w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, przez brak określenia w załączniku nr 3 do SWZ - wzorze umowy, wskazania minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający w trakcie wykonywania zamówienia;
4. art. 436 pkt 4 lit b) w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, poprzez nieokreślenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku 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 oraz z 2022 r. poz. 1079)

5. art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 13 projektowanych postanowień umowy prawa do wypowiedzenia i rozwiązania umowy jedynie po stronie Zamawiającego, bez zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę w zakresie co najmniej równym jak Zamawiający, co stanowi o nadużyciu pozycji dominującej Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- w zakresie zarzutu nr 1:

1.a.I. zmiany załącznika nr 1 do SWZ (Formularz ofertowy), przez wykreślenie treści ust. 1 dot. Kryteriów Oceny Ofert.

1.a.II. ust. 32 rozdziału OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT SWZ, przez dodanie do zapisów dot. kryterium „Czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji – wartość kryterium – 20%” zapisu o następującej treści:

*„Czas dostawy mierzony będzie najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji samochód) w godzinach dostarczania posiłków. Do oferty Wykonawcy zobowiązani są załączyć wydruk z google maps na podstawie którego będzie weryfikowane to kryterium”*

- w zakresie zarzutu nr 2:

2.a.I. zmiany załącznika nr 1 do SWZ (Formularz ofertowy), przez wykreślenie treści ust. 2 dot. Kryteriów Oceny Ofert.

2.a.II. ust. 32 rozdziału - OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT SWZ, przez dodanie do zapisów dot. kryterium „Wzorcowy będący odwzorowaniem wszystkich pojawiających się w trakcie trwania całej umowy, jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej - waga kryterium 20%” zapisu o następującej treści:

*„Do oferty Wykonawcy zobowiązani są załączyć jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej, zgodny z zapisami SWZ na podstawie którego będzie weryfikowane kryterium”*

2.a.III. Zmianę załącznika nr 3 do SWZ wzoru umowy poprzez dodanie w §11, ust. 7 Punkt 5) o treści:

*„5) za każdy przypadku niezgodności jadłospisu dekadowego realizowanego przez Wykonawcę w pierwszych dziesięciu dniach od rozpoczęcia Umowy z jadłospisem załączonym do oferty w wysokości 0,2 % kwoty określonej w fakturze VAT wystawionej poprzedni miesiąc kalendarzowy”*

- w zakresie zarzutu nr 3:

3.a.I. zmianę § 10 załącznika nr 3 do SWZ, przez wprowadzenie ust. 21 o następującej treści: „21. Ilość zamówionych przez Zamawiającego posiłków w okresie trwania Umowy nie może być niższa niż 80 % łącznej wartości Umowy określonej w §10 ust. 1 lit b)” III.4.

- w zakresie zarzutu nr 4:

4.a.I. zmianę w § 10 ust. 2 załącznika nr 3 do SWZ, przez jego zmianę i wprowadzenie następującego jego brzmienia: „2. Zmiana ceny może nastąpić:

a) w przypadku zmiany stawki podatku VAT cena netto nie ulegnie zmianie, nastąpi jedynie zmiana ceny brutto.

b) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę;

c) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

d) 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 oraz z 2022 r. poz. 1079) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.”

4.a.II. dostosowanie pozostałej treści § 10 do ww. żądanej zmiany.

- w zakresie zarzutu nr 5:

5.a.I. zmianę w § 16 ust. 1 załącznika nr 3 do SWZ, przez jego zmianę i wprowadzenie następującego jego brzmienia: „Strony mają prawo wypowiedzieć umowę, na podstawie pisemnego oświadczenia, z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego.”

Odwołujący wyjaśnił, że ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut nr 1

W rozdziale „KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT” w ust. 32 Zamawiający wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert jest „czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji” – wartość kryterium – 20%. W przypadku realizacji dostawy powyżej 2 godz. oferent otrzyma 0 pkt., w przedziale 2-1,5 godz.- 6 pkt., 1,5-1 godz.-14 pkt., natomiast poniżej 1 godz.- 20 pkt.

Jak wynika z załącznika nr 1 do SWZ - Formularza oferty, kryterium to będzie weryfikowane na podstawie oświadczenia złożonego przez zainteresowanego wykonawcę w formularzu oferty.

W ocenie Odwołującego, kryterium jakościowe, odnoszące się do czasu realizacji reklamacji czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji o wadze 20 % weryfikowane na podstawie Formularza oferty wykonawcy stanowi obietnicę, co prowadzi do

tego, że nie jest możliwe właściwe, obiektywne porównanie ofert, a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne.

Opisany wyżej sposób oceny ofert w zakresie ww. kryterium nie przewiduje żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie w tym przedmiocie. Jak wynika z Formularza oferty, Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy.

Odwołujący przywołał w tym miejscu na poparcie swojego wyводу - stanowisko doktryny (D. Grześkowiak-Stojek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91., pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis), (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis), (M. Meducki, ZPDORADCA 2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Odwołujący podkreślił, że istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów Pzp powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1 Pzp (aktualnie art. 16 pkt 1) Pzp), stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. Konieczność weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny ofert w momencie ich składania stanowi warunek sine qua non równego traktowania wykonawców, a zatem kryteria te nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy niesprawdzalnych na tym etapie zobowiązań. Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert, to de facto nie jest to w ogóle kryterium oceny ofert. Odwołujący wskazał przy tym na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 35/21: „Podzielając powyższe poglądy sąd okręgowy stoi na kategorycznym stanowisku, wyrażonym już z resztą w wyroku wydanym przez tut. sąd w innym składzie, iż obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).”

Odwołujący wskazał, że sposób weryfikacji kryterium odnoszące się do czasu realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji o wadze 20 % powoduje, iż kryterium to jest nieweryfikowalne. Dodatkowo, w załączniku nr 3 do SWZ -

projekcie umowy § 6 ust. 2 pkt. 7) wskazano, że w razie reklamacji wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia zgodnego z zamówieniem posiłku w czasie 1 godziny od zgłoszenia reklamacji, zatem kryterium, które zaproponował Zamawiający dopuszczające nawet dostarczenie posiłku w czasie do 2 godzin jest niezgodne z wzorem umowy.

Zarzut nr 2

W rozdziale „KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT” w ust. 32 Zamawiający wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert jest wzorcowy będący odwzorowaniem wszystkich pojawiających się w trakcie trwania całej umowy, jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej – wartość kryterium – 20%. Zgodnie z SWZ, jadłospis zostanie zrealizowany przez wykonawcę w pierwszych dziesięciu dniach od rozpoczęcia umowy i będzie zgodny z „Wymaganiami dotyczącymi najwyższej jakości produktów, posiłków i diet” z podaną gramówką, energetycznością, zawartością białka, węglowodanów i tłuszczu poszczególnych posiłkach. Dekadówka ta nie może odbiegać od innych, które pojawią się w ciągu trwania całej umowy.

Jak wynika z załącznika nr 1 do SWZ - Formularza oferty, kryterium to będzie weryfikowane na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawcę w Formularzu oferty.

W ocenie Odwołującego, kryterium jakościowe odnoszące się do zaakceptowania przez wykonawcę „Wzorcowego będącego odwzorowaniem wszystkich pojawiających się w trakcie trwania całej umowy, jadłospisu dziesięciodniowego przygotowanego przez Zamawiającego dla diety podstawowej” o wadze 20%, weryfikowane na podstawie Formularza oferty stanowi obietnicę wykonawcy, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe, obiektywne porównanie ofert, a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne. Opisany sposób oceny ofert w zakresie ww. kryterium nie przewiduje żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy. Jak zaznaczono w SWZ, Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone w Formularzu oferty.

Odwołujący powtórzył argumentację, jak w przypadku zarzutu nr 1 i stwierdził, że zastrzeżone kryterium odnoszące się do Wzorcowego będącego odwzorowaniem wszystkich pojawiających się w trakcie trwania całej umowy, jadłospisu dziesięciodniowego dla diety podstawowej o wadze kryterium 20% jest nieweryfikowalne i należy uzupełnić je o obiektywny sposób jego weryfikacji.

Zarzut nr 3

Z § 9 ust. 12 załącznika nr 3 do SWZ - projektowanych postanowień umowy wynika, że „Zamawiający ma prawo do zmiany zamówienia w ciągu dnia pod względem ilości posiłków i rodzajów diet.”

Zgodnie natomiast z art. 433 pkt 4 Pzp:

*„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

*[...]*

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

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

Zarzut nr 4

W § 10 ust. 2 załącznika nr 3 do SWZ - projektowanych postanowień umowy Zamawiający określił sposób zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej, a także zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu jako miernik zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający zaniechał określenia we wzorze umowy sposobu zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą 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).

Zgodnie natomiast z art. 436 ust. 1 Pzp., w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa zawiera postanowienia określające w szczególności zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- 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,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- 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) o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Tym samym Zamawiający w sposób pozorny zastosował się do treści art. 436 Pzp.

Jak wynika z Części I - wytyczne dla wykonawcy ust. 6 SWZ, umowa na świadczenie usług ma zostać zawarta na okres 36 miesięcy. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był zawrzeć w jej treści ww. klauzulę waloryzacyjną również w przypadku 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).

## Zarzut nr 5

W § 13 oraz 16 załącznika nr 3 do SWZ - projektowanych postanowień umowy zawarto katalog licznych przypadków sytuacji, w których Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy, jej rozwiązania i wypowiedzenia. Brak zaś w umowie tożsamy choćby podobnych uprawnień po stronie wykonawcy do odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia.

Zamawiający zastrzegł jedynie w § 16 ust. 6, że: *„Wykonawca może wypowiedzieć niniejszą umowę z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, z następujących przyczyn:*

- a) z powodu restrukturyzacji lub likwidacji Wykonawcy,*
- b) z powodu zmiany profilu działalności Wykonawcy.”*

Powyższe, według Odwołującego, narusza zasadę równowagi stron stosunku cywilnoprawnego, świadczy o niesymetrycznym kreowaniu uprawnień stron, nadużyciu dominującej roli Zamawiającego, a ostatecznie skutkuje dyskryminacją wykonawcy. Zgodnie z art. 431 Pzp, strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego są zobowiązane współdziałać przy jej wykonaniu. Oznacza to, że umowa w sprawie wykonania zamówienia publicznego nie powinna być jedynie listą obowiązków wykonawcy i sankcji za ich niewypełnienie, lecz powinna także przewidywać na rzecz wykonawcy choćby minimalne uprawnienia, w stopniu co najmniej adekwatnym do uprawnień zamawiającego.

Wykonawca, Dussmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 3 listopada 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, Zamawiający, oświadczył, że uznaje odwołanie w części, tj.:

1. w zakresie zarzutu dotyczącego zmiany ust. 32 rozdziału - OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT ust. 32 SWZ - przez dodanie do zapisów dot. kryterium - Wzorcowy będący odwzorowaniem wszystkich pojawiających się w trakcie trwania całej umowy, jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej o wadze kryterium 20% - zapisu o następującej treści:

*"Do oferty Wykonawcy zobowiązani są załączyć jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej, zgodny z zapisami SWZ na podstawie którego będzie weryfikowane kryterium"*

2. w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego zmiany § 10 załącznika nr 3 do SWZ, poprzez wprowadzenie ust. 21 o następującej treści: *"21. Ilość zamówionych przez Zamawiającego posiłków w okresie trwania Umowy nie może być niższa niż 80 % łącznej wartości Umowy określonej w §10 ust. 1 lit b)"*

3. W zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego zmiany w § 10 ust. 2 załącznika nr 3 do SWZ poprzez jego zmianę i wprowadzenie następującego jego brzmienia:

*"2. Zmiana ceny może nastąpić:*

*a) w przypadku zmiany stawki podatku VAT cena netto nie ulegnie zmianie, nastąpi jedynie zmiana ceny brutto.*

*b) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę;*

*c) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;*

*d) 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 oraz z 2022 r. poz. 1079) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę."*

oraz dostosowanie pozostałej treści § 10 do ww. żądanej zmiany.

4. w zakresie zarzutu nr 5 dotyczącego zmiany w § 16 ust. 1 załącznika nr 3 do SWZ, poprzez jego zmianę i wprowadzenie następującego jego brzmienia: *"Strony mają prawo wypowiedzieć umowę, na podstawie pisemnego oświadczenia, z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego."*

Zamawiający oświadczył jednocześnie, że podejmie działanie polegające na zmianie dokumentacji we wskazanym zakresie niezwłocznie.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami dotyczącymi:

1. zmiany załącznika nr 1 do SWZ (Formularz ofertowy) poprzez wykreślenie treści ust. 1 dot. Kryteriów Oceny Ofert.

2. ust. 32 rozdziału OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT SWZ, przez dodanie do zapisów dot. kryterium „Czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji – wartość kryterium – 20%” zapisu o następującej treści:

*„Czas dostawy mierzony będzie najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji samochód) w godzinach dostarczania posiłków. Do*

*oferty Wykonawcy zobowiązani są załączyć wydruk z google maps na podstawie którego będzie weryfikowane to kryterium”*

3. zmiany załącznika nr 1 do SWZ (Formularz ofertowy), poprzez wykreślenie treści ust. 2 dot. Kryteriów Oceny Ofert.
4. zmiany załącznika nr 3 do SWZ wzoru umowy, poprzez dodanie § 11 ust. 7 punkt 5) o treści: „5) za każdy przypadku niezgodności jadłospisu dekadowego realizowanego przez Wykonawcę w pierwszych dziesięciu dniach od rozpoczęcia Umowy z jadłospisem załączonym do oferty w wysokości 0,2 % kwoty określonej w fakturze VAT wystawionej poprzedni miesiąc kalendarzowy”

oraz wniósł o oddalenie odwołania w powyższym zakresie i zasądzenie kosztów postępowania od Odwołującego na rzecz Zamawiającego według norm przepisanych.

Zamawiający wyjaśnił, że po przeanalizowaniu zarzutów i argumentów sformułowanych w uzasadnieniu odwołania uznał, że częściowo zasługują one na uwzględnienie.

Zamawiający nie zgodził się, że naruszył przepisy Pzp, określając czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku i dokonując oceny tego kryterium w oparciu o oświadczenie wykonawcy. W ocenie Zamawiającego, jest to kryterium jednoznaczne i zrozumiałe. Żądane przez Odwołującego wprowadzenia oceny tego kryterium, jako związanego wyłącznie z czasem dostawy, nie będzie spełniać warunku jednoznaczności. Czas dostawy mierzony przez Mapy Google będzie różnił się znacznie w zależności od godziny, dnia tygodnia, a także pory roku wydruku (np. w okresie wakacyjnym, czas może krótszy niż w okresie roku szkolnego). Odwołujący nie określił jednolitego kryterium, momentu wykonania wydruku, jeżeli chodzi o dzień tygodnia i godzinę, pozostawiając swobodę wyboru wykonawcom, bowiem czas dostawy posiłków określony jest w przedziale czasowym, a nie konkretną godziną. Ponadto, Odwołujący nie określił z jakiego punktu czas dostawy ma być zmierzony – czy od siedziby wykonawcy, czy od jego kuchni, więc nie ma możliwości porównania ofert w tym zakresie.

Zdaniem Zamawiającego, Ustawodawca nie nakłada na zamawiających obowiązku potwierdzenia spełnienia kryteriów poza cenowych, jakimiś konkretnymi dowodami, wskazuje wyłącznie, iż opisując kryteria poza cenowe, Zamawiający powinien określić sposób sprawdzenia informacji. Istotą kryterium wprowadzonego przez Zamawiającego jest zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia reklamowanego posiłku/posiłków w czasie realizacji umowy w określonym przedziale czasowym. W interesie Zamawiającego jest otrzymanie posiłków dla dzieci w zadeklarowanym czasie, a nie trasa przejazdu wykonawcy do Szpitala.

Odwołujący niezasadnie uznaje, że czas realizacji reklamacji, tj. dostarczenia posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji do jego dostarczenia do Zamawiającego, jest tożsamy z

czasem transportu. Natomiast czas realizacji reklamacji, w ocenie Zamawiającego, zawiera w sobie szersze pojęcie niż transport „z punktu A do punktu B”. Realizacja reklamacji to przygotowanie pełnowartościowego posiłku będącego przedmiotem umowy (musi odpowiadać pozostałym warunkom określonym w umowie), który musi zachować takie warunki, jak chociażby odpowiednia temperatura czy gramatura posiłku, zapakowanie w pojemnik, ale również przygotowanie odpowiedniego posiłku dla diety płynnej, półpłynnej i/lub do podawania przez zgłębnik lub PEG – jeżeli reklamacje będzie dotyczyły tego rodzaju posiłku. Tym samym, Zamawiający pozostał na stanowisku, że kryterium oceny ofert, jakim jest czas realizacji reklamacji, nie może sprowadzać się wyłącznie do zmierzenia czasu dojazdu samochodem, poprzez aplikację Google Maps. Wprowadzając takie kryterium oceny,

wykonawca może uzyskać maksymalną ilość punktów wyłącznie za czas przejazdu, co nie odzwierciedla pełnego zobowiązania do realizacji reklamacji.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że kryterium poza cenowe jest tylko nieweryfikowalną deklaracją wykonawcy. Oświadczenie jest konkretnym zobowiązaniem wykonawcy do dostarczenia reklamowanego posiłku, w czasie wymaganym przez Zamawiającego, za które wykonawca ponosi określoną odpowiedzialność na etapie realizacji zamówienia. Kryterium czasu jest skorelowane z karami umownymi związanymi z nienależytym wykonaniem świadczeń, które wynikają z niezachowania umówionych terminów wykonania umowy – tj. wykonawca zapłaci Zamawiającemu określone kary umowne w przypadku niedotrzymania terminu. Tym samym, Zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryterium to pozostaje w bezpośrednim, ścisłym związku z przedmiotem zamówienia i przekłada się wprost na jakość oczekiwanych usług objętych postępowaniem.

Zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców składających oferty. Istotą zobowiązania reklamacyjnego jest obietnica złożona Zamawiającemu przez wykonawcę. Odwołujący ma możliwość kwestionowania oświadczeń wykonawcy zawartych w ofercie, jeśli w jego ocenie treść zobowiązania zaciągniętego przez wykonawcę nie znajduje odzwierciedlenia w ofercie czy też w innych obiektywnych okolicznościach. Odwołujący nie wykazał, jakie obiektywne okoliczności uniemożliwiają dokonania oceny oferty z zastosowaniem kryteriów określonych przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż w podobnym tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lutego 2021 roku sygn. akt: KIO 5/21 KIO 126/21 KIO 128/21 KIO 129/21.

Odnośnie zarzutu nr 2 dotyczącego zmiany załącznika nr 1 do SWZ (Formularz ofertowy), poprzez wykreślenie treści ust. 2 dot. Kryteriów Oceny Ofert, to zmierza on do znacznego ograniczenia pozycji Zamawiającego. Formularz ofertowy jest integralną częścią

umowy, na podstawie którego Zamawiający oczekuje, że posiłki będą realizowane. Pozostawienie wyłącznie kryteriów oceny ofert z SWZ powoduje, że wiążący dla wykonawcy, będzie tylko jadłospis dekadowy, złożony z ofertą. Intencją Zamawiającego jest to, aby dostarczane posiłki były różnorodne przez cały okres trwania umowy. Zamawiający oczekuje wysokiej jakości żywienia przez wykonawcę, w całym okresie obowiązywania umowy, zachowując zasady zdrowego żywienia dzieci.

Zamawiający zgodził się na złożenie wraz z ofertą jadłospisu dekadowego (w tym zakresie uznał odwołanie), jednak ma to być jadłospis wzorcowy, który będzie odzwierciedleniem posiłków dostarczanych przez cały czas, a nie tylko w okresie obowiązywania pierwszego jadłospisu dekadowego. Dlatego ocena tego jadłospisu musi odbywać się z zastosowaniem kryteriów określonych w formularzu ofertowym, który zgodnie z projektem umowy jest integralną częścią umowy. Żądana przez Odwołującego, zmiana poprzez wykreślenie, prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający nie będzie mógł dochodzić kar umownych za brak realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z zadeklarowaną przez wykonawcę różnorodnością posiłków.

Zarzuty Odwołującego oraz stawiane przez niego wnioski, prowadzą do sytuacji, w której z Formularza ofertowego zostałyby wykreślone zapisy dotyczące przyznawania punktów do kryteriów poza cenowych. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący zmierza do sytuacji, w której punkty za kryteria poza cenowe byłyby przyznawane wyłącznie jednemu wykonawcy, który wykaże najkrótszą drogę, zaś pozostali oferenci nie uzyskaliby żadnych punktów. Wykreślenie z Formularza ofertowego kryteriów dotyczących posiłków. Prowadzi do tego, że jadłospis ma zostać oceniony na podstawie wszelkich kryteriów zawartych w SWZ, co może nie być jednoznaczne i zrozumiałe dla wszystkich wykonawców.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zmiany załącznika nr 3 do SWZ wzoru umowy poprzez dodanie § 11 ust. 7 punkt 5) o treści: „5) za każdy przypadku niezgodności jadłospisu dekadowego realizowanego przez Wykonawcę w pierwszych dziesięciu dniach od rozpoczęcia Umowy z jadłospisem załączonym do oferty w wysokości 0,2 % kwoty określonej w fakturze VAT wystawionej poprzedni miesiąc kalendarzowy” Zamawiający wskazał, że jest on nielogiczny i nie może być podstawą do skutecznej realizacji zobowiązania dotyczącego naliczenia kar umownych. Zamawiający bowiem nie będzie mógł naliczyć kar umownych przy tak sformułowanym zapisie, gdyż dotyczy on pierwszych dziesięciu dni realizacji umowy, zaś podstawą do wyliczenia kwoty kary jest kwota określona w fakturze VAT, wystawionej za poprzedni miesiąc kalendarzowy. Tym samym, faktura za poprzedni miesiąc kalendarzowy nie będzie istniała, co powoduje, że kara umowna nie będzie mogła zostać w ogóle naliczona. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, przedmiotowy zapis, jeżeli zostanie wprowadzony do umowy, to może doprowadzić do podwójnej podstawy naliczenia kary umownej za nienależyte wykonanie umowy, za to samo zdarzenie.

W § 11 ust 7 pkt 1) załącznika nr 3 do SWZ zawarte jest postanowienie dotyczące naliczenia kar umownych za nienależyte wykonanie umowy, które ma na celu ochronę interesu Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że wykonawca Dussmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki określone w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego w części odwołania oraz biorąc pod uwagę, że wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Dussmann Polska sp. z o.o. - nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w tym zakresie zarzutów, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutów naruszenia przepisów:

- art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp. w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, przez brak określenia w załączniku nr 3 do SWZ - wzorze umowy, wskazania minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający w trakcie wykonywania zamówienia;
- art. 436 pkt 4 lit b) w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, poprzez nieokreślenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku 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 oraz z 2022 r. poz. 1079);
- art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (dalej jako „K.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, przez zastrzeżenie w § 13 projektowanych postanowień umowy prawa do wypowiedzenia i rozwiązania umowy jedynie

po stronie Zamawiającego, bez zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę w zakresie co najmniej równym jak Zamawiający, co stanowi o nadużyciu pozycji dominującej Zamawiającego.

Przedmiotem zamówienia jest "Świadczenie usług w zakresie przygotowania i dostaw całodziennego wyżywienia dla pacjentów hospitalizowanych w SZPZOZ im. Dzieci Warszawy w Dziekanowie Leśnym".

Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena danej części zamówienia brutto – wartość kryterium -60%
2. Czas realizacji reklamacji – czas dostawy posiłku od momentu złożenia reklamacji – wartość kryterium – 20% : > 2godz. – 0pkt, 2-1,5 godz. – 6 pkt, 1,5 – 1 godz. – 14 pkt, <1 godz. – 20 pkt.
3. Wzorcowy będący odwzorowaniem wszystkich pojawiających się w trakcie trwania całej umowy jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej – wartość kryterium - 20%.

Zamawiający wskazał, że jadłospis zostanie zrealizowany przez wykonawcę w pierwszych 10 dniach od rozpoczęcia umowy i będzie zgodny z „Wymaganiami dotyczącymi najwyższej jakości produktów, posiłków i diet” z podaną gramówką, energetycznością, zawartością białka, węglowodanów i tłuszczu w poszczególnych posiłkach. Dekadówka ta nie może odbiegać od innych, które pojawią się w ciągu trwania całej umowy.

W Formularzu ofertowym Zamawiający wymagał podania danych na potrzeby oceny ofert w ramach kryteriów poza cenowych:

1. Czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji  
 –\*  
 >2 godz.- 0pkt.  
 2-1,5 godz.- 6 pkt.,  
 1,5-1 godz.-14 pkt.,  
 <1 godz.- 20 pkt.
2. Wzorcowy będący odwzorowaniem wszystkich pojawiających się w trakcie trwania całej umowy, jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej.

lp.	Kryteria oceny	2 pkt.	1 pkt.	0 pkt.	Podać *
1.	Warzywa występują w trzech lub więcej posiłkach	codziennie	-	nie pojawiają się codziennie	

2.	Świeże owoce w ramach podwieczorku występują	cztery lub więcej razy w ciągu 10 dni	dwa-trzy razy w ciągu 10 dni	raz lub w ogóle w ciągu 10 dni	
3.	Surówka pojawia się	cztery lub więcej razy w ciągu 10 dni	dwa-trzy razy w ciągu 10 dni	raz lub w ogóle w ciągu 10 dni	
4.	W ramach obiadu mięso smażone pojawia się	trzy lub mniej razy w ciągu 10 dni	cztery razy w ciągu 10 dni	pięć lub więcej razy w ciągu 10 dni	
5.	Ryba pojawia się	trzy lub więcej razy w ciągu 10 dni	dwa razy w ciągu 10 dni	raz lub w ogóle w ciągu 10 dni	
6.	Mleko lub przetwory mleczne pojawiają się w dwóch lub więcej posiłkach	siedmiu-dziesięciu dniach w ciągu 10 dni	sześciu-czterech dniach w ciągu 10 dni	mniej niż czterech dniach w ciągu 10 dni	
7.	Codziennie pojawia się zupa mleczna lub kakao lub kawa zbożowa na mleku lub jogurt podczas śniadania	tak	-	nie	
8.	W kolejnych pięciu dniach powtarza się ta sama zupa mleczna lub kakao lub kawa zbożowa na mleku lub jogurt podczas śniadania	nie	-	tak	
9.	Ziemniaki w ramach obiadu pojawiają się	pięć lub mniej razy w ciągu 10 dni	sześć razy w ciągu 10 dni	siedem lub więcej razy w ciągu 10 dni	
10.	W piątek obiad jest posiłkiem bezmięsnym	tak	-	nie	

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp. w zw. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, poprzez określenie w ustępie 32 rozdziału „KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT” SWZ kryterium „Czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji” na podstawie deklaracji wykonawcy w Formularzu oferty stanowiące obietnicę, co powoduje, że kryterium powyższe jest nieweryfikowalne na etapie oceny ofert. Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ w powyższym zakresie, poprzez określenie sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od

momentu zgłoszenia reklamacji” w sposób umożliwiający Zamawiającemu zweryfikowanie oświadczeń wykonawców złożonych w powyższym zakresie w Formularzu ofertowym.

Zgodnie z art. 240 ust. 1 Pzp, zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zgodnie z ust. 2, kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Stosownie do art. 242 ust. 1 Pzp, najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 16 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Wskazany przez Zamawiającego w SWZ sposób oceny ofert w zakresie powyższego kryterium nie przewiduje obiektywnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie. W ocenie Izby, na etapie oceny ofert Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji, czy deklaracje wykonawców w tym przedmiocie są realne i możliwe do wykonania. Izba w pełni podziela pogląd prezentowany przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 35/21 „iż obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).” Zamawiający powinien żądać w ofertach informacji, które byłyby możliwe do weryfikacji i podlegałyby weryfikacji zarówno przez Zamawiającego przy ocenie ofert, jak i przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Zamawiający, opisując kryterium oceny ofert, powinien wskazać rodzaj informacji jakich oczekuje, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie ofert w danym zakresie. Wszelkie deklaracje wykonawców powinny być uzasadnione i realne oraz przede wszystkim możliwe do zweryfikowania. W ocenie Izby, możliwym do zastosowania przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu umożliwiającym ocenę ofert w ramach omawianego kryterium może być np. harmonogram realizacji reklamacji, ze szczegółowym określeniem przez wykonawcę poszczególnych czynności oraz czasu ich trwania w ramach realizacji reklamacji.

Jednoznaczne i zrozumiałe określenie środka służącego do oceny w ramach danego kryterium umożliwi dokonanie oceny ofert zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji, w szczególności w zakresie porównania i oceny ofert w poza-cenowym kryterium, które ma istotne znaczenie dla jakości wykonywanych usług.

Podkreślić należy, że katalog kryteriów jakościowych zawarty w art. 242 ust. 2 Pzp jest otwarty, tzn. wymienione w nim kryteria mają wyłącznie charakter przykładowy. W konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może zastosować sformułowane przez siebie, niewystępujące w ustawie kryteria jakościowe w ramach zasady indywidualnego doboru kryteriów oceny ofert przez zamawiających dla celów konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak by umożliwić wybór oferty najbardziej korzystnej dla zamawiającego (patrz: wyrok TSUE z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, uprzednio Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne*, ECLI:EU:C:2002:495).

Kryterium powinno być jasno opisane, tak aby wykonawcy byli w stanie dostarczyć Zamawiającemu wymagane informacje, przez co samo porównanie ofert pod tym kątem będzie dla Zamawiającego łatwiejsze i jednocześnie pozwoli na uczciwe porównanie ofert z zachowaniem równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, zaproponowany przez Odwołującego sposób oceny ofert w ramach kryterium „Czas realizacji reklamacji - czas dostawy posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji” na podstawie wydruku z Google Maps: *„Czas dostawy mierzony będzie najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji samochód) w godzinach dostarczania posiłków. Do oferty Wykonawcy zobowiązani są załączyć wydruk z Google Maps na podstawie którego będzie weryfikowane to kryterium”* nie zasługuje na uwzględnienie. Izba w pełni podzieliła w tym zakresie argumentację Zamawiającego, iż żądane przez Odwołującego wprowadzenia oceny tego kryterium, jako związanego wyłącznie z czasem dostawy, nie będzie spełniać warunku jednoznaczności. Czas dostawy mierzony przez Mapy Google będzie różnił się znacznie w zależności od godziny, dnia tygodnia, a także pory roku wykonania wydruku. Odwołujący niezasadnie utożsamia czas realizacji reklamacji, tj. dostarczenia posiłku od momentu zgłoszenia reklamacji do jego dostarczenia do Zamawiającego, wyłącznie z czasem transportu, podczas gdy realizacja reklamacji obejmuje przede wszystkim przygotowanie pełnowartościowego posiłku będącego przedmiotem umowy, który musi zachować takie warunki, jak chociażby odpowiednia temperatura czy gramatura posiłku, zapakowanie w pojemnik, ale również przygotowanie odpowiedniego posiłku dla diety płynnej, półpłynnej i/lub do podawania przez zgłębnik lub PEG – jeżeli reklamacje będzie dotyczył tego rodzaju posiłku. Odwołujący nie określił także z jakiego punktu czas dostawy ma być zmierzony.

W zakresie sprzeczności powyższego kryterium z postanowieniem zawartym w załączniku nr 3 do SWZ - projekcie umowy - § 6 ust. 2 pkt. 7, Izba stwierdziła, że umowa w §8 ust. 7 przewiduje wskazanie deklarowanego przez wykonawcę czasu realizacji reklamacji, które będzie wiązało wykonawcę w ramach zawartej z Zamawiającym umowy. Z tym też postanowieniem jest skorelowana odpowiedzialność wykonawcy obwarowana karami umownymi. Z tego też względu zaistniała sprzeczność ma charakter nieistotny z punktu widzenia praw i obowiązków stron. Można uznać, że ma ona znaczenie jedynie formalne, ponieważ kluczowe znaczenie ma treść §8 ust. 7 w związku z §11 ust. 7 pkt 2 wzoru umowy.

Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp, poprzez określenie w ustępie 32 rozdziału „KRYTERIA I SPOSÓB OCENY OFERT” Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) - kryterium – Wzorcowy będący odwzorowaniem wszystkich pojawiających się w trakcie trwania całej umowy, jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej o wadze kryterium 20% na podstawie deklaracji wykonawcy w Formularzu oferty podczas gdy nie jest możliwe właściwe porównanie ofert a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne.

Odwołujący podtrzymał powyższy zarzut pomimo oświadczenia Zamawiającego, że uwzględnił ten zarzut w części i wprowadzi do SWZ postanowienie zgodnie z żądaniem Odwołującego, aby: *„Do oferty Wykonawcy zobowiązani są załączyć jadłospis dziesięciodniowy dla diety podstawowej, zgodny z zapisami SWZ na podstawie którego będzie weryfikowane kryterium”*

Jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, przyznał on w powyższym zakresie rację Odwołującemu, a jednocześnie nie wyraził zgody na wykreślenie z Formularza ofertowego oświadczenia wymaganego od wykonawców w ust. 2 dot. Kryteriów Oceny Ofert. Skoro bowiem jadłospis będący podstawą oceny w ramach powyższego kryterium zostanie załączony do oferty, to zasadne jest, aby wykonawcy złożyli deklarację w zakresie tego kryterium w Formularzu ofertowym. Podkreślić przy tym należy, że sam Odwołujący również przyznał w toku rozprawy, że nie ma przeszkód, aby powyższe oświadczenie wymagane od wykonawców w tej sytuacji pozostawić w Formularzu ofertowym.

W pozostałym zakresie zarzut również nie jest zasadny. Odwołujący żądał zmiany załącznika nr 3 do SWZ (wzoru umowy) poprzez dodanie w §11, ust. 7 Punkt 5) postanowienia o treści: *„5) za każdy przypadku niezgodności jadłospisu dekadowego realizowanego przez Wykonawcę w pierwszych dziesięciu dniach od rozpoczęcia Umowy z jadłospisem załączonym do oferty w wysokości 0,2 % kwoty określonej w fakturze VAT wystawionej poprzedni miesiąc kalendarzowy”*.

W świetle postanowień zawartych we wzorze umowy, powyższe postanowienie dublowałoby kary umowne określone w § 11 ust 7 pkt 1.

Ponadto, jak słusznie zauważył, postanowienie powyższe ma regulować kary umowne w okresie pierwszych dziesięciu dni realizacji umowy, zaś podstawą do wyliczenia kwoty kary jest kwota określona w fakturze VAT, wystawionej za poprzedni miesiąc kalendarzowy. Tym samym, kara umowna nie będzie mogła zostać naliczona ze względu na brak faktury, która miałaby być podstawą naliczenia takiej kary.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit.a Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

**Przewodniczący:** .....