

Sygn. akt: KIO 1937/18

WYROK
z dnia 10 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2018 r. przez wykonawcę Vendi Servis sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 126,91-204 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Vendi Servis sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 126,91-204 Łódź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Vendi Servis sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 126,91-204 Łódź tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie usług w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchni Zamawiającego”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 15 września 2018 roku pod pozycją 2018/S 178-404051, numer referencyjny: U-41/USP/18.

W tej samej dacie została opublikowana Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący: Vendi Servis sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 126,91-204 Łódź w dniu 25 września 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego określenia w treści SIWZ (projekcie umowy) jednoznacznych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadkach, o których mowa w tym przepisie i wprowadzenie niedopuszczalnego trybu negocjacyjnego, a także zaniechanie wprowadzenia zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany minimalnej stawki godzinowej, mającej wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę;

2. art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zwanego dalej: Kc oraz art. 675 § 1 Kc w związku z art. 139 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień sprzecznych z naturą stosunku najmu, a to zobowiązania Wykonawcy do uzupełnienia wyposażenia zużytego w toku prawidłowego używania i nieodpłatnego jego przekazania Zamawiającemu po rozwiązaniu umowy;

3. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 138m ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania w sposób nie wyczerpujący i niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

4. art 138k ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert - „wsad do kotła” w sposób niejednoznaczny, nieprzejrzysty uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców;

5. art. 353¹ ustawy Kc oraz art. 483 § 1 ustawy Kc w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w projekcie umowy kar umownych za niejednoznaczne, nieweryfikowalne i podlegające subiektywnej ocenie uchybienia;

6. art. 151 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ustawy Pzp oraz art. 557 § 2 zd. 1 i art. 577 § 1 Kc poprzez zastrzeżenie, że 30% zabezpieczenia Zamawiający zatrzyma do czasu upływu rękojmi za wady i gwarancji, w sytuacji gdy Zamawiający nie przewiduje konieczności udzielania przez Wykonawcę gwarancji, a z uwagi na charakter dostarczanych towarów - posiłków Zamawiającemu nie przysługuje rękojmią za wady.

Wobec powyższego Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu:

1. wykreślenia w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu” pkt X. 10 ppkt 1) zd 4;

2. wykreślenie w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu” pkt X. 10 ppkt 2) zd. 4 i zastąpienie zdaniem: „Wynagrodzenie ulega zmianie o wykazany przez Wykonawcę wzrost kosztów realizacji zamówienia powiększony o podatek od towarów i usług.”;

3. wykreślenie w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu” pkt X. 10 ppkt 3) zd. 4 i zastąpienie zdaniem: „Wynagrodzenie ulega zmianie o wykazany przez Wykonawcę wzrost kosztów realizacji zamówienia powiększony o podatek od towarów i usług.”;

4. wykreślenie w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu, stanowiącego projekt umowy § 11 ust. 10 ppkt 1) zd. 4;

5. wykreślenie w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu, stanowiącego projekt umowy § 11 ust. 10 ppkt 2) zd. 4 i zastąpienie zdaniem: „Wynagrodzenie ulega zmianie o wykazany przez Wykonawcę wzrost kosztów realizacji zamówienia powiększony o podatek od towarów i usług.”;

6. wykreślenie w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu, stanowiącego projekt umowy § 11 ust. 10 ppkt 3) zd. 4 i zastąpienie go zdaniem: „Wynagrodzenie ulega zmianie o wykazany przez Wykonawcę wzrost kosztów realizacji zamówienia powiększony o podatek od towarów i usług.”;

7. zmianę § 11 ust. 10 ppkt 2) zd. 1 poprzez zastąpienie do zdaniem: „zmianę wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę pod warunkiem, że zmiana ta skutkować będzie zwiększeniem kosztów po stronie wykonawcy związanych z realizacją umowy”;

8. zmianę X.10. ppkt 2) zd. 1 poprzez zastąpienie do zdaniem: „zmianę wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10.10.2002 r. o

minimalnym wynagrodzeniu za pracę pod warunkiem, że zmiana ta skutkować będzie zwiększeniem kosztów po stronie wykonawcy związanych z realizacją umowy”;

9. wykreślenie Sekcji II pkt 2.4 lit. d) ogłoszenia o zamówieniu (zamieszczonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE) słów „(stan uzupełniony w ilości wymaganej do stanu pacjentów i wielkości produkcji) w stanie nie pogorszonym podlegają zwrotowi i przekazaniu Zamawiającemu.”;

10. wykreślenie w załączniku nr 1 do ogłoszenia o zamówienie (projekt umowy) - w § 5 ust. 1 - słów: „(stan uzupełniony w ilości wymaganej do stanu pacjentów oraz wielkości produkcji) w stanie nie pogorszonym podlegają zwrotowi i przekazaniu Zamawiającemu.

11. zmianę pkt XI.I.1 lit. d) załącznika do ogłoszenia o zamówieniu pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu” poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „za wady w wykonaniu usługi:

1. przekraczające 15% zniżenie temperatury posiłku - w momencie dystrybucji pacjentom,

2. przekraczające 15% zniżenie gramatury potraw (średnia masa z 10 wyrzykowych porcji przygotowanych do dystrybucji, ważonych w kuchni i pojedyncze porcje ważone na oddziałach),

3. podanie zanieczyszczonej potrawy (w której występują ciała obce, niebędące żywnością),

4. podanie potrawy nieświeżej lub przygotowanej z nieświeżych surowców,

5. brak zgodności posiłku z zamówioną dietą lub niezgodność potraw z planowanym jadłospisem, nie uzgodnione wcześniej z uprawnionym przedstawicielem Zamawiającego,

6. stosowanie produktów niezgodnych z ustaleniami, np. stosowanie margaryny lub mixów masła z olejem lub wędlin zawierających skrobię lub soję, itp., 7. nieterminowość lub samowolne zmiany godzin dostarczanych posiłków (opóźnienia większe niż 15 min) w wysokości 1 % miesięcznej wartości usługi brutto (w danym miesiącu stwierdzenia uchybienia), za uchybienia oddzielnie każdego rodzaju stwierdzone w wyniku przeprowadzonej kontroli przez Zamawiającego w obecności przedstawiciela Wykonawcy. Podstawą do na liczenia kar umownych będzie sporządzony przez Zamawiającego protokół pokontrolny, którego kopię otrzyma Wykonawca. Odmowa uczestniczenia w kontroli przeprowadzanej przez upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego nie stanowi podstawy do odstąpienia od naliczenia kar mownych. Łączna wysokość kar umownych z tytułu wad wskazanych w pkt d) nie może przekroczyć 5 % miesięcznego wynagrodzenia brutto przysługującego wykonawcy.

12. zmianę § 12 lit. d) załącznika do ogłoszenia o zamówieniu (projekt umowy) poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „za wady w wykonaniu usługi:

1. przekraczające 15% zniżenie temperatury posiłku - w momencie dystrybucji

pacjentom,

2. przekraczające 15% zaniżenie gramatury potraw (średnia masa z 10 wyrzykowych porcji przygotowanych do dystrybucji, ważonych w kuchni i pojedyncze porcje ważone na oddziałach),

3. podanie zanieczyszczonej potrawy (w której występują ciała obce, niebędące żywnością),

4. podanie potrawy nieświeżej lub przygotowanej z nieświeżych surowców,

5. brak zgodności posiłku z zamówioną dietą lub niezgodność potraw z planowanym jadłospisem, nie uzgodnione wcześniej z uprawnionym przedstawicielem Zamawiającego,

6. stosowanie produktów niezgodnych z ustaleniami, np. stosowanie margaryny lub mixów masła z olejem lub wędlin zawierających skrobię lub soję, itp.,

7. nieterminowość lub samowolne zmiany godzin dostarczanych posiłków (opóźnienia większe niż 15 min) w wysokości 1 % miesięcznej wartości usługi brutto (w danym miesiącu stwierdzenia uchybienia), za uchybienia oddzielnie każdego rodzaju stwierdzone w wyniku przeprowadzonej kontroli przez Zamawiającego w obecności przedstawiciela Wykonawcy. Podstawą do na liczenia kar umownych będzie sporządzony przez Zamawiającego protokół pokontrolny, którego kopię otrzyma Wykonawca. Odmowa uczestniczenia w kontroli przeprowadzanej przez upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego nie stanowi podstawy do odstąpienia od naliczenia kar mownych. Łączna wysokość kar umownych z tytułu wad wskazanych w pkt d) nie może przekroczyć 5 % miesięcznego wynagrodzenia brutto przysługującego wykonawcy.”

13. wykreślenie w § 11 ust. 3 załącznika do ogłoszenia o zamówieniu (projekt umowy) - słów: 6.000.000,00 zł słownie: sześć milionów i wykropkowanie tego miejsca;

14. wykreślenie w ogłoszeniu o zamówieniu pkt X ust. 4 tiret drugie;

15. zmianę pkt XVII.3.3 ogłoszenia o zamówieniu poprzez zastąpienie aktualnej treści, treścią proponowaną: „Przewidywany średni dzienny koszt surowców („wsad do kotła”) Najlepiej punktowany będzie najwyższy zaoferowany średni dzienny koszt surowców przypadający na 1-go pacjenta, z uwzględnieniem informacji zawartej w Załączniku do SIWZ, iż wymagany stosunek „wsadu do kotła” do ceny 1 osobodnia powinien wynosić 6 złotych netto lub więcej”;

16. zmianę pkt XVII ppkt 3.2 ogłoszenia o zamówieniu poprzez zastąpienie aktualnej treści, treścią proponowaną;

„Zamawiający przyzna każdej ofercie określoną ilość punktów, oceniając przygotowane dokumenty zgodnie z poniższymi zasadami:

1. ORGANIZACJA USŁUGI (0 -10pkt):

- koncepcja dystrybucji posiłków - wyboru systemu dystrybucji pomiędzy tacowym a bemarowym z opisem - 4 pkt

- estetyka serwowania posiłków -1 pkt
- gwarancja zapewnienia jakości (wdrożone procedur zapewnienia jakości), w tym: zarządzanie ryzykiem, utrzymanie temperatury serwowanych dań, organizacja odbioru naczyń od pacjenta, sposób postępowania z odpadami, sposób postępowania z myciem i dezynfekcją naczyń - 5 pkt

2. ORGANIZACJA ZESPOŁU (0-5pkt):

Zadeklarowanie ilości etatów pracującego personelu przy wykonywaniu zadań objętych przedmiotem zamówienia

3. OCENA JADŁOSPISÓW (0-5 pkt)

Zadeklarowanie ile razy w tygodniu Wykonawca będzie planował wysokiej jakości wędliny

Sposób przyznawania punktów:

1. ORGANIZACJA USŁUGI (0-10pkt):

a) Koncepcja dystrybucji posiłków - zasadność wyboru pomiędzy tacowym a bemarowym z uzasadnieniem i opisem (0-4 pkt):

Wybór systemu dystrybucji-tacowy z opisem	4
Wybór systemu dystrybucji-bemarowy z opisem	2
Wybór systemu dystrybucji bez opisu	0

b) estetyka serwowania posiłków (0 - 1pkt):

Zaproponowanie 3 lub więcej rozwiązań zapewniających estetykę serwowanych posiłków	1 pkt
Zaproponowanie 2 rozwiązań zapewniających estetykę serwowanych posiłków	0 pkt

c) gwarancja zapewnienia jakości (wdrożone procedury zapewnienia jakości), w tym (0-5 pkt):

- zarządzanie ryzykiem,
- utrzymanie temperatury serwowanych dań,
- organizacja odbioru naczyń od pacjenta,
- sposób postępowania z odpadami,
- sposób postępowania z myciem i dezynfekcją naczyń.

Dołączenie do oferty wszystkich ww. procedur opierających się na zasadach systemu HACCP	5 pkt
Dołączenie do oferty mniej niż 3 z w/w procedur opierających się na zasadach systemu HACCP	1 pkt
Niedołączenie do oferty procedur	0

2. ORGANIZACJA ZESPOŁU (0-5pkt):

a) Zadeklarowanie 2 dodatkowych etatów pracującego personelu przy wykonywaniu zadań objętych przedmiotem zamówienia powyżej minimum (określonego w załączniku nr 6 do umowy) - 5 pkt

b) Zadeklarowanie 1 dodatkowego etatu pracującego personelu przy wykonywaniu zadań objętych przedmiotem zamówienia w ilości powyżej minimum (określonego w załączniku nr 6 do umowy) - 3 pkt

c) Zadeklarowanie ilości etatów pracującego personelu przy wykonywaniu zadań objętych przedmiotem zamówienia w ilości minimum (określonego w załączniku nr 6 do umowy) – 0 pkt

3. OCENA JADŁOSPISÓW (0-5) pkt

a) Wykonawca zobowiązuje się do planowania w jadłospisie różnych rodzajów wędlin (drobiowa, wieprzowa) o zróżnicowanym wyglądzie, kształcie, wysokiej jakości (min. 6 razy w tygodniu wędlina wysokogatunkowa o zawartości mięsa >70 %, pozostała wędlina/ pasztet/pieczeń rzymska/ parówki > 55 % zawartości mięsa) - otrzymuje 5 pkt

b) Wykonawca zobowiązuje się do planowania w jadłospisie różnych rodzajów wędlin (drobiowa, wieprzowa) o zróżnicowanym wyglądzie, kształcie, wysokiej jakości (min. 5 razy w tygodniu wędlina wysokogatunkowa o zawartości mięsa >70 %, pozostała wędlina/ pasztet/pieczeń rzymska/ parówki > 55 % zawartości mięsa) - otrzymuje 3 pkt

Wykonawca zobowiązuje się do planowania w jadłospisie różnych rodzajów wędlin (drobiowa, wieprzowa) o zróżnicowanym wyglądzie, kształcie, wysokiej jakości (min. 4 razy w tygodniu wędlina wysokogatunkowa o zawartości mięsa >70 %, pozostała wędlina/ pasztet/pieczeń rzymska/ parówki > 55 % zawartości mięsa) - otrzymuje 0 pkt

Na potwierdzenie powyższego kryterium należy dołączyć oświadczenie.”.

W ocenie Odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. Zarzut naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt II.3) ogłoszenia o zamówieniu zamówienie publiczne ma być udzielone na okres 3 lat.

Zauważył również, że w pkt X.10 załącznika do ogłoszenia o zamówieniu pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu” oraz w § 11 ust. 10 projekt umowy Zamawiający dopuścił możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia tych zmian spowodowana jest zmianą:

1. stawki podatku od towarów i usług;
 2. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę;
 3. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zawodowe;
- pod warunkiem wykazania rzeczywistego wpływu zmian na zwiększenie kosztów realizacji umowy.

Dodatkowo, wskazał, że Zamawiający zastrzegł, że w każdym z w/w przypadków „po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Strony przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto.”

Według Odwołującego - wyżej przytoczone sformułowanie pozostaje w sprzeczności z treścią art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, bowiem przepis ten wymaga określenia w umowie zasad regulujących zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zaistnienia zmian w przepisach dotyczących stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zawodowe.

Podniósł przy tym, że z przepisu art. 142 ust 5 ustawy Pzp wynika, że umowa musi zawierać postanowienia prowadzące do automatycznej zmiany wynagrodzenia w przypadku wykazania przez wykonawcę wpływu zmian przepisów prawa na koszty realizacji zamówienia (tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 listopada 2015 r., KIO 2398/15).

Zdaniem Odwołującego - wprowadzenie tego przepisu miało z założenia wyłączać negocjowanie przez strony zmian wynagrodzenia, a obowiązkiem Zamawiającego było zatem określenie zasad na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie mogły, według opisanej krok po kroku procedury, zmienić wysokość

wynagrodzenia wykonawcy (tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2015 r., KIO 941/15).

W ocenie Odwołującego - zaprojektowane przez Zamawiającego postanowienia określają jedynie tryb wykazywania przez wykonawcę wpływu zmian stanu prawnego na koszty realizacji zamówienia. Zakończenie tej procedury negocjacjami stron w zakresie wysokości wynagrodzenia powoduje, że brak jest jakiegokolwiek pewności co do tego, czy i w jakim stopniu zmiany przepisów prawa i wykazanie przez wykonawcę wpływu tych zmian na koszty realizacji zamówienia, przełożą się na wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Dalej wywodził, że klauzula waloryzacyjna przewidziana przez Zamawiającego w rzeczywistości posiada charakter fikcji kontraktowej. Zamawiający owszem przewidział wspomnianą klauzulę waloryzacyjną, gdyż posiada taki obowiązek na podstawie przepisów ustawy Pzp, jednak nie daje ona żadnych gwarancji wykonawcy, że po należyтым wykazaniu wpływu zmian przepisów prawa na koszty realizacji umowy, jego wynagrodzenie zostanie odpowiednio zwiększone.

Argumentował, że nawet najbardziej rzetelnie przygotowane przez wykonawcę dokumenty potwierdzające wzrost kosztów i możliwie najbardziej precyzyjne obliczenia, nie gwarantują wykonawcy, że przysługujące mu wynagrodzenie ulegnie zmianie.

W opinii Odwołującego - Zamawiający - po przeprowadzeniu negocjacji - może zgodzić się na zwaloryzowanie wynagrodzenia w 100%, albo, co bardziej prawdopodobne, albowiem leży w interesie Zamawiającego, nie wyrazić zgody na zmianę wynagrodzenia.

Pozostawienie postanowienia wskazanego przez Zamawiającego w obecnym brzmieniu, daje Zamawiającemu uprawnienie nie tylko do odmowy dokonania zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale także do nierównego traktowania wykonawców. Zamawiający może wyrazić zgodę na zmianę wynagrodzenia w pełnym zakresie wykonawcy, którego faworyzuje, a innemu - odmówić takiej zgody.

Podkreślił również, że zakres zmiany wynagrodzenia przewidziany w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp winien być uzależniony od treści i daty wejścia w życie nowych przepisów prawa i nie powinien być zależny od woli jednej ze stron stosunku prawnego - wyłącza to, bowiem automatyzm waloryzacji i cel art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Kontynuując swoje stanowisko, przekonywał, że cel art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wyraża zapewnienie obu stronom umowy pewności, iż w razie zaistnienia zewnętrznego zdarzenia w tym przepisie wskazanego, strony z góry wiedzą, w jaki sposób mają się zachować.

W ten sposób zapewniona jest stabilność finansów Zamawiającego, a z drugiej strony wykonawca ma gwarancję uwzględnienia jego słusznym interesów.

Stąd obowiązek określenia w SIWZ automatycznych mechanizmów dostosowywania wynagrodzenia wykonawcy do zewnętrznych warunków, przy zapewnieniu Zamawiającemu bezpieczeństwa prawnego i koniecznej wiedzy.

Skoro to zdarzenia zewnętrzne determinują moment wejścia w życie zmian, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp, to koniecznym jest, aby konsekwencje tych zmian znalazły odzwierciedlenie w treści stosunku prawnego łączącego Zamawiającego i Wykonawcę.

Na marginesie wskazał, że art. 142 ust. 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie również do umów zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne.

Powołał się również na przepis art. 138l ustawy Pzp który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone z zastosowaniem przepisów działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3 oraz działu VI.

Z kolei art. 138m odsyła do odpowiedniego stosowania art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b oraz art. 32-35 Pzp.

Do umów zawieranych w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się natomiast przepisy działu IV Pzp o umowach, który nie reguluje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a umowę zawieraną w wyniku przeprowadzenia tego postępowania. Dział IV Pzp zawiera przepisy ogólne, które znajdują zastosowanie również do umów zawieranych w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne. Wykładnia przepisu art. 138l Pzp, która prowadziłaby do uznania, że przepisy Działu IV Pzp nie znajdują zastosowania do umów zawartych w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne, prowadziłoby do sytuacji absurdalnej.

Zarzucił również, że Zamawiający-wbrew art 142 ust 5 ustawy Pzp zaniechał wprowadzenia postanowienia przewidującego zmianę wynagrodzenia należnego

wykonawcy, w przypadku zmiany przepisów dotyczących minimalnej stawki godzinowej, mających wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

II. Zarzut naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz art. 675 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że w ogłoszeniu o zamówieniu (zamieszczonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE) - w Sekcji II pkt 2.4 lit. c) Zamawiający przewidział, że „Wykonawca zobowiązuje się do bieżącego uzupełniania wymaganych do prowadzenia produkcji posiłków urządzeń, sprzętu i innych elementów wyposażenia (z przeznaczeniem dla zakładów gastronomicznych a nie użytku domowego)”

Nadto, zaznaczył, że w Sekcji II pkt 2.4 lit. d) Zamawiający przewidział, że „po zakończeniu umowy, po skontrolowanym stanie technicznym i eksploatacyjnym: dzierżawiony obiekt (wszystkie pomieszczenia), sprzęt, urządzenia, meble, naczynia, sztuce, naczynia grzewcze, termoizolacyjne i pozostały sprzęt gastronomiczny (stan uzupełniony w ilości wymaganej do stanu pacjentów i wielkości produkcji) w stanie nie pogorszonym podlegają zwrotowi i przekazaniu Zamawiającemu.”

Zwrócił również uwagę, że w załączniku nr 1 do ogłoszenia o zamówienie (projekt umowy) - w § 5 ust. 1 - Zamawiający wymaga: „Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego, na własny koszt, uzupełniania wymaganych do prowadzenia produkcji posiłków urządzeń, sprzętu i naczyń (zwanymi w dalszej treści umowy wyposażeniem). Wykonawca dba o należyty stan techniczny dzierżawionego obiektu, urządzeń, sprzętu i naczyń, prowadząc serwis na własny koszt, jak również przeprowadzając okresowe przeglądy, konserwacje wraz ze stosowanymi świadectwami (m.in. wzorcowania). Po zakończeniu umowy, w dobrym stanie technicznym: dzierżawiony obiekt (wszystkie pomieszczenia), sprzęt, urządzenia, meble, naczynia, pozostały sprzęt gastronomiczny (stan uzupełniony w ilości wymaganej do stanu pacjentów oraz wielkości produkcji) w stanie nie pogorszonym podlegają zwrotowi i przekazaniu Zamawiającemu.

Następnie wskazał, że w § 14 lit. 1) projektu umowy Zamawiający przewidział zobowiązanie Wykonawcy do „uzupełnienia na nowy skasowanego sprzętu lub trwale uszkodzonego nie dochodzenia od Zamawiającego roszczeń z tego tytułu po rozwiązaniu umowy.”

Zamawiający przewidział zatem, że Wykonawca może przygotowywać posiłki jedynie w pomieszczeniach Zamawiającego.

W tym celu Wykonawca musi zawrzeć z Zamawiającym umowę dzierżawy pomieszczeń wraz z wyposażeniem.

Jednocześnie Zamawiający przewidział obowiązek uzupełniania wyposażenia w toku jego zużywania i nieodpłatnego przekazania go Zamawiającemu po zakończeniu umowy.

W związku z powyższym Odwołujący zauważył, że Zamawiający przewidział - wbrew zastosowanej terminologii - że Zamawiający wynajmie Wykonawcy pomieszczenia kuchenne wraz z wyposażeniem.

Nie znajdzie tutaj zastosowania umowa dzierżawy, bowiem zgodnie z art. 693 Kodeksu cywilnego, dzierżawa polega na oddaniu rzeczy do używania i pobierania z niej pożytków.

Przekonywał, że oddanie do używania wyposażonych pomieszczeń w celu prowadzenia w nich działalności gospodarczej nie wiąże się z pobieraniem pożytków.

Pomieszczenia te nie przynoszą dochodów, których pobieranie mogłoby się wiązać z dzierżawą rzeczy. Wykonawca będzie uzyskiwał dochód dopiero po sprzedaży posiłków, które przygotuje w tych pomieszczeniach. Używanie cudzych pomieszczeń do prowadzenia działalności gospodarczej nie oznacza zatem zawarcia umowy dzierżawy.

Zdaniem Odwołującego - przewidziany przez Zamawiającego stosunek prawny, na mocy którego Wykonawca będzie mógł użytkować pomieszczenia kuchenne Zamawiającego, to najem.

Z przepisu art. 675 § 1 Kodeksu cywilnego wynika, że najemca nie ponosi odpowiedzialności za zużycie rzeczy będące następstwem prawidłowego używania.

Według Odwołującego - przeciwne postanowienia umowy - zgodnie z art. 353¹ w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego - są nieważne, jako sprzeczne z naturą stosunku najmu.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający zastrzegając obowiązek nieodpłatnego przekazania mu wyposażenia, które zostanie przez Wykonawcę wniesione do najmowanych pomieszczeń w celu zastąpienia tego wyposażenia, które w toku prawidłowego używania ulegnie zużyciu, narusza granice swobody umów.

Zamawiający proponując postanowienia umowy sprzeczne z naturą stosunku prawnego nadużywa swojej pozycji kontraktowej.

Mając na uwadze, że proponowane przez Zamawiającego postanowienia umowy są nieważne, Odwołujący wnosil o ich wykreślenie.

III. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 138m ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w ogłoszeniu o zamówieniu (zamieszczonym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE) - w Sekcji II pkt 2.4 lit. c) Zamawiający przewidział, że „Wykonawca zobowiązuje się do bieżącego uzupełniania wymaganych do prowadzenia produkcji posiłków urządzeń, sprzętu i innych elementów wyposażenia (z przeznaczeniem dla zakładów gastronomicznych, a nie użytku domowego)”.

Nadto, wskazał, że Sekcji II pkt 2.4 lit. d) Zamawiający przewidział, że „po zakończeniu umowy, po skontrolowanym stanie technicznym i eksploatacyjnym: dzierżawiony obiekt (wszystkie pomieszczenia), sprzęt, urządzenia, meble, naczynia, sztuce, naczynia grzewcze, termoizolacyjne i pozostały sprzęt gastronomiczny (stan uzupełniony w ilości wymaganej do stanu pacjentów i wielkości produkcji) w stanie nie pogorszonym podlegają zwrotowi i przekazaniu Zamawiającemu.”

Podniósł również, że w załączniku nr 1 do ogłoszenia o zamówienie (projekt umowy) - w § 5 ust. 1 - Zamawiający wymaga: „Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego, na własny koszt, uzupełniania wymaganych do prowadzenia produkcji posiłków urządzeń, sprzętu i naczyń (zwanym w dalszej treści umowy wyposażeniem). Wykonawca dba o należyty stan techniczny dzierżawionego obiektu, urządzeń, sprzętu i naczyń, prowadząc serwis na własny koszt, jak również przeprowadzając okresowe przeglądy, konserwacje wraz ze stosowanymi świadectwami (m.in. wzorcowania). Po zakończeniu umowy, w dobrym stanie technicznym: dzierżawiony obiekt (wszystkie pomieszczenia), sprzęt, urządzenia, meble, naczynia, pozostały sprzęt gastronomiczny (stan uzupełniony w ilości wymaganej do stanu pacjentów oraz wielkości produkcji) w stanie nie pogorszonym podlegają zwrotowi i przekazaniu Zamawiającemu.”.

Z kolei w § 14 lit. ł) projektu umowy Zamawiający przewidział zobowiązanie Wykonawcy do „uzupełnienia na nowy skasowanego sprzętu lub trwale uszkodzonego nie dochodzenia od Zamawiającego roszczeń z tego tytułu po rozwiązaniu umowy”.

Zarzucił, że Zamawiający nie określił wyczerpująco i jednoznacznie, jakie wyposażenie winno być w toku realizacji umowy (3 lata) uzupełnione. Zamawiający nie określił stopnia zużycia poszczególnych sprzętów oraz nie wskazał, który sprzęt ulegnie zużyciu na skutek prawidłowego używania. Zamawiający nie wskazał zatem wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

IV. Zarzut naruszenia art. 138k ustawy Pzp.

Odwołujący przywołał pkt XVII.3.3 ogłoszenia o zamówieniu dotyczący przewidywanego średniego dziennego kosztu surowców („wsad do kotła”), gdzie Zamawiający wskazał, że najlepiej punktowany będzie najwyższy zaoferowany średni dzienny koszt surowców przypadający na 1-go pacjenta, z uwzględnieniem informacji zawartej w Załączniku do SIWZ, iż wymagany stosunek „wsadu do kotła” do ceny 1 osobodnia powinien być równy 40 % lub większy niż 40 %.

Tak opisane kryterium oceny ofert o randze 20 % jest niejednoznaczne i nieprzejrzyste, uniemożliwia sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Przyznał, że zrozumiałym jest, że Zamawiający dąży do zapewnienia przez wykonawców „wsadu do kotła” na odpowiednim poziomie, zapewniającym najwyższą jakość usługi.

Według Odwołującego - tak opisane kryterium oceny ofert nie pozwala jednak na osiągnięcie tego celu ani na zweryfikowanie jaki rzeczywiście udział w cenie zaoferowanej przez wykonawcę za osobodzień stanowi tzw. „wsad do kotła”, otwiera drogę wykonawcom do manipulacji w tym zakresie.

W przekonaniu Odwołującego - prawidłowym, jednoznacznym i przejrzystym opisem tego rodzaju kryterium oceny ofert (stosowanym przez innych Zamawiających) jest określenie wartości „wsadu do kotła” na pewnym, minimalnym poziomie określonym w stawce „złoty.”

Taki opis kryterium „wsad do kotła” pozwoli Zamawiającemu i innym wykonawcom na weryfikację w jakiej konkretnie wysokości wykonawcy deklamują „wsad do kotła” oraz zapewni stałość tej kwoty przez cały okres realizacji zamówienia.

V. Zarzut naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilny oraz art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na treść pkt XI.I.1 lit. d) załącznika do ogłoszenia o zamówieniu pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu” oraz § 12 lit. d) załącznika do ogłoszenia o zamówieniu (projekt umowy), gdzie Zamawiający przewidział kary umowne w wysokości 1% miesięcznej wartości usługi brutto (w danym miesiącu stwierdzenia uchybienia) za uchybienia oddzielnie każdego rodzaju stwierdzone w wyniku przeprowadzonej kontroli przez Zamawiającego w obecności przedstawiciela Wykonawcy, a obejmujące:

- 1.„przekraczające 15% zniżenie temperatury posiłku - w momencie dystrybucji pacjentom,
- 2.przekraczające 15% zniżenie gramatury potraw (średnia masa z 10 wyrzykowych porcji przygotowanych do dystrybucji, ważonych w kuchni i pojedyncze porcje ważone na oddziałach),
- 3.podanie potrawy przypalanej,
- 4.podanie potrawy przesolonej,
- 5.podanie potrawy zbyt mocno przyprawionej (np. zbyt duża ilość pieprzu na poziomie nieakceptowalnym sensorycznie),
- 6.podanie zanieczyszczonej potrawy,
- 7.podanie potrawy nieświeżej lub przygotowanej z nieświeżych surowców,
- 8.brak zgodności posiłku z zamówioną dietą lub niezgodność potraw z planowanym jadłospisem, nie uzgodnione wcześniej z uprawnionym przedstawicielem Zamawiającego,
- 9.potrawa niezgodna z recepturą - np. w ocenie sensorycznej zbyt duża ilość bułki w pulpecie mięsnym lub zbyt mała ilość mięsa w zupach wzmacnianych - do sondy lub przecierane,
- 10.zupy zbyt rzadkie, wodniste,
- 11.potrawa mięsna zbyt twarda lub niedostateczna obróbka termiczna,
- 12.potrawa z założenia gotowana lub pieczona, a podane pacjentowi jako niedogotowana lub niedopieczona,
- 13.stosowanie produktów niezgodnych z ustaleniami, np. stosowanie margaryny lub mixów masła z olejem lub wędlin zawierających skrobię lub soję, itp,
- 14.nieterminowość lub samowolne zmiany godzin dostarczanych posiłków (opóźnienia większe niż 15 min),
- 15.inne wpływające z dokumentacji żywieniowej.”.

Według Odwołującego powyższe okoliczności warunkujące nałożenie kary umownej na wykonawcę są niedookreślone.

Pojęcia opisujące przesłanki do obciążenia wykonawcy karami umownymi nie są wystarczająco precyzyjne.

Zarzucił, że Zamawiający nie dookreślił, czym jest potrawa przypalona, przesolona, czy zbyt mocno przyprawiona.

Nie jest również dookreśloną przesłanką nałożenia kary umownej niezgodność z recepturą - w ocenie sensorycznej.

Zamawiający nie określił, jakie warunki musi spełniać zupa, aby nie została uznana za zbyt rzadką czy wodnistą, a jakie potrawa mięsna, aby nie została uznana za zbyt twardą lub niepoddaną dostatecznej obróbce termicznej.

Ponadto niezrozumiałe jest, na czym ma polegać inna wada posiłku wynikająca z dokumentacji żywieniowej.

Zdaniem Odwołującego - pojęcia użyte przez Zamawiającego w celu określenia sytuacji, w których należna jest kara umowna, odwołują się do sfery subiektywnych odczuć osoby spożywającej potrawę.

Nie zostało wskazane, kto będzie oceniał prawidłowość posiłków, ani czy uchybienia muszą dotyczyć wszystkich wydanych porcji na wszystkich oddziałach, czy nawet pojedynczej porcji na jednym oddziale.

Według Odwołującego - brak obiektywnych kryteriów stwierdzenia uchybienia prowadzi do ustalenia, iż kary umowne nie zostały w umowie zastrzeżone.

Kara umowna pełni funkcję gwarancyjno - zabezpieczającą jedynie wtedy, kiedy w umowie określono w sposób dostateczny rygory prawidłowej realizacji usługi.

Obowiązkiem Zamawiającego jest dokładne określenie elementów umowy, które wpływają na szacowanie przez wykonawcę ryzyka związanego z jej wykonaniem.

Postanowienia umowy powinny zostać określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową.

W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia (tak też słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13).

Dodatkowo, podniósł, że Zamawiający nie przewidział miesięcznego limitu nakładanych kar umownych.

Wobec niejasnych postanowień dotyczących tego, czy wada ma dotyczyć pojedynczej porcji, czy danego posiłku, brak limitu nakładanych w danym miesiącu kar umownych może prowadzić do pozbawienia wykonawcy w całości wynagrodzenia miesięcznego.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający nie przewidział możliwości usunięcia przez wykonawcę uchybień czy wad jako okoliczności wyłączającej uprawnienie Zamawiającego do obciążenia karą umowną.

Zdaniem Odwołującego - kary te nie uwzględniają charakteru usługi.

Odwołujący stanął na stanowisku, że obciążenie karą umowną za stwierdzenie choćby jednej wady w przygotowanym posiłku nie powinno dawać uprawnienia Zamawiającemu do obciążenia wykonawcy karą umowną.

Kary umowne winny uwzględniać masowy charakter usługi i subiektywny charakter wymienionych wad.

Obciążenie karą umowną za jednorazowe stwierdzenie wady, z możliwością kumulowania kar umownych za każdą wadę z osobna może prowadzić do obciążenia kilkoma karami umownymi za kilka wad w tym samym posiłku.

Jednorazowe stwierdzenie kilku wad jednego posiłku może natomiast prowadzić, przy uwzględnieniu wygórowanej wysokości kar umownych do pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia za cały miesiąc świadczenia usługi, co jest niedopuszczalne.

W świetle powyższego kary umowne powinny być – w opinii Odwołującego - zastrzeżone jedynie w przypadku co najmniej dwukrotnego w danym miesiącu stwierdzenia wady tego samego rodzaju.

Postawił tezę, że relacja wysokości przewidzianych kar umownych do uchybień, na wypadek których zostały przewidziane, powoduje zachwianie relacji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej do wysokości wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania oraz zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody.

Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

Zarzucił, że kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego pozwolą mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez Wykonawcę, a tym samym na wzbogacenie Zamawiającego.

Przekonywał, że pozbawienie Wykonawcy znacznej części miesięcznego wynagrodzenia z powodu jednorazowych uchybień, doprowadzi do zachwiania zasady ekwiwalentności świadczeń w umowie o charakterze wzajemnym. Fakt, że kara umowna pełni funkcję dyscyplinującą, nie może prowadzić do nadmiernego wzbogacenia Zamawiającego. Kara umowna pełni w pierwszej kolejności funkcję odszkodowawczą.

Przewidziane przez Zamawiającego kary umowne są nie do zaakceptowania, ponieważ prowadzą do rażącego pokrzywdzenia jednej ze stron, w sposób nieadekwatny do celu ochrony, którą zamierzała uzyskać strona przez jej wprowadzenie.

VI. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 138m ustawy Pzp.

W ramach tego zarzutu Odwołujący zwrócił uwagę, że w załączniku do ogłoszenia o zamówieniu (projekt umowy) - w § 11 ust. 3 - Zamawiający przewidział wartość umowy w wysokości 6.000.000,00 (sześciu milionów) złotych brutto.

Wartość umowy stanowi iloczyn wartości osobodnia i 290 osobodni oraz 1096 dni.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie czekając na złożenie przez Wykonawców ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, przesądził o tym, że wartość umowy wynosić będzie 6.000.000,00 złotych, a tym samym, że wartość jednego osobodnia będzie wynosić 18,88 złotych brutto.

Zamawiający, do czasu rozstrzygnięcia postępowania, nie jest władny ustalić w projekcie umowy, jaka będzie wartość umowy.

Takie postępowanie Zamawiającego ogranicza uczciwą konkurencję.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o wykreślenie w § 11 ust. 3 załącznika nr 1 do ogłoszenia o zamówieniu (projekt umowy) słów: „6.000,000,00 zł słownie: sześć milionów” i wykropkowanie tego miejsca.

VII. Zarzut naruszenia art. 151 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ustawy Pzp oraz art. 557 § 2 zd. 1 art. 577 § 1 kc.

W kolejnym zarzucie Odwołujący podniósł, że w ogłoszeniu o zamówieniu - w pkt X ust. 4 tiret drugie - Zamawiający przewidział, że „kwota przeznaczona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady i gwarancji jakości będzie wynosić 30% wysokości zabezpieczenia. Kwota ta zostanie zwrócona nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady i gwarancji jakościowej”.

W związku z tym Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie przewidział obowiązku udzielenia przez Wykonawcę gwarancji. W świetle art. 577 Kodeksu cywilnego gwarancja wymaga złożenia przez gwaranta oświadczenia gwarancyjnego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiającemu nie przysługują również żadne uprawnienia z tytułu rękojmi za wady towaru, bowiem zamówione posiłki mają charakter rzeczy określonych co do gatunku i rzeczy przyszłych, dlatego od chwili ich odebrania Zamawiającemu nie przysługuje uprawnienie z tytułu rękojmi.

Zatem skoro Zamawiający nie przewidział obowiązku udzielenia mu gwarancji, to nie może skorzystać z uprawnienia z art. 151 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i zatrzymać części zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

VIII. Zarzut naruszenia art. 138k ustawy Pzp.

Zamawiający w pkt XVII ppkt 3.2.ogłoszenia o zamówieniu określił pozacenowe kryterium oceny ofert pn, „Funkcjonalność zaproponowanego systemu dystrybucji posiłków” - ranga 20 %.

Zamawiający przewidział, że przyzna punkty za:

„1. ORGANIZACJĘ USŁUGI (0-10pkt):

- koncepcja dystrybucji posiłków - zasadność wyboru oraz szczegółowy opis proponowanych rozwiązań wynikających z określonego systemu dystrybucji posiłków
- estetyka serwowania posiłków
- gwarancja zapewnienia jakości (wdrożone procedur zapewnienia jakości), w tym: zarządzanie ryzykiem, utrzymanie temperatury serwowanych dań, organizacja odbioru naczyń od pacjenta, sposób postępowania z odpadami, sposób postępowania z myciem i dezynfekcją naczyń.

2. ORGANIZACJĘ ZESPOŁU (0-Spkt):

- liczebność personelu w odniesieniu do przyjętych rozwiązań
- organizacja pracy na poszczególnych szczeblach struktury (czytelność podział ról i zakres odpowiedzialności członków zespołu w stosunku do celów zamówienia),
- organizacja pracy - dni powszednie a dni weekendowe oraz w sytuacji zwolnień lekarskich i/ lub urlopów wypoczynkowych
- przepływ informacji pomiędzy członkami zespołu, obieg informacji pomiędzy kuchnią a oddziałami szpitalnymi
- koordynacja realizacji zamówienia przez kierownika/ managera kuchni

3. OCENĘ 14-DNIOWYCH JADŁOSPISÓW (dieta podstawowa III-posiłkowa, dieta wrzodowa V-posiłkowa, dieta cukrzycowa VI-posiłkowa), w kontekście wymagań Zamawiającego, opatrzonych pieczęcią i podpisem uprawnionego pracownika Wykonawcy - dietetyka (0-Spkt),

Zamawiający dodatkowo oczekuje po jednym dziennym wydruku (bądź komplecie wydruków) dla każdej z trzech wymienionych diet (z programu MAPI Jadłospis, MAPI Jadłospis 2 lub tożsamego), zawierającym:

- wyodrębnione alergeny
- wartość odżywczą (kaloryczność, zawartość białka, tłuszczów i węglowodanów)
- wartość netto/ brutto za całodienne wyżywienie oraz z podziałem na poszczególne posiłki
- wykaz surowców (materiałów) do przygotowania posiłków wraz z gramaturą i ceną jednostkową. ”

Zamawiający wymienił wprawdzie kryteria, które będą brane pod uwagę przy przyznawaniu punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert, jednak nie przewidział sposobu przydzielenia punktów. Zamawiający nie wskazał, jakie rozwiązania muszą zostać przewidziane przez Wykonawcę w zaproponowanym systemie dystrybucji posiłków, aby otrzymać określoną ilość punktów. Kryterium pozacenowe ma charakter wyłącznie uznaniowy, subiektywny a tym samym nieweryfikowalny. Wykonawcy, którzy nie znają preferencji Zamawiającego, nie są w stanie ocenić, jakie elementy zaproponowanego systemu dystrybucji zostaną pozytywnie ocenione przez Zamawiającego.

Zamawiający winien wskazać szereg informacji pozwalających na weryfikację przyznania punktów w/w kryterium oraz umożliwiających Wykonawcom zaproponowanie rozwiązań, za które otrzymają możliwie najwyższą ilość punktów.

Zamawiający winien wskazać m.in.: jaką liczbę punktów otrzyma Wykonawca za zaoferowanie systemu dystrybucji tacowej, za zaoferowanie systemu dystrybucji bemarowej, czy za dokonanie opisu wybranego systemu dystrybucji zostaną przyznane dodatkowe punkty, czy taką samą ilość punktów otrzyma Wykonawca, który wskaże, że oferowane przez niego posiłki będą estetyczne i Wykonawca, który zaproponuje szereg szczegółowo opisanych rozwiązań zapewniających estetykę serwowanych posiłków, czy taką samą ilość punktów otrzyma Wykonawca, który załączy do ofert procedury opierające się na zasadach systemu HACCP, co wykonawca, który nie załączy żadnej procedury, ile punktów otrzyma Wykonawca, który zadeklarował ilości etatów pracującego personelu przy wykonywaniu zadań objętych przedmiotem zamówienia w ilości minimum (określonego w załączniku nr 6 do umowy), ile punktów otrzyma wykonawca, który zaoferował np. dwa dodatkowe etaty przy wykonywaniu zadań objętych przedmiotem zamówienia powyżej minimum i szereg innych elementów.

Brak precyzyjnego opisanie przez Zamawiającego w/w pozacenowego kryterium oceny ofert prowadzi do rażącego zachwiania zasady równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i obiektywizmu. Nieujednoznaczony opis wskazanego kryterium pozwala na różną wykładnię stopnia spełnienia tego kryterium a tym samym na nieweryfikowalną jego ocenę dokonaną przez Zamawiającego.

Zamawiający powinien dążyć do precyzyjności i jednoznaczności opisu stosowanych kryteriów oceny ofert celem zapewnienia obiektywizmu i zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zagwarantowania wyboru oferty, która będzie ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą w postępowaniu. Wobec tego, w przypadku kryteriów jakościowych. o cennych, w których naturę wpisana jest możliwość różnej wykładni stopnia wypełnienia kryterium. Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności, aby zasady oceny zostały opisane w sposób minimalizujący na miarę możliwości wszelkie niejednoznaczności w opisie, a także subiektywizm i uznaniowość oceny (tak też słusznie KIO w wyroku z dnia 26 stycznia 2018 roku, sygn. akt KIO 45/18, LEX 2472045). Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ściśle egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Szczególnie wybór oferty winien być dokonywany stricte według zasad przewidzianych w SIWZ - na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji (tak: wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 roku, sygn. akt 2342/16, LEX nr 2188479).

Proponowane przez Odwołującego zmiany w przedmiocie konkretyzacji opisu pozacenowych kryteriów ocen, pozwolą na dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty

najkorzystniejszej w rozumieniu art. 138r ust. 3 Pzp, tj. oferty, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz innych kryteriów ustalonych przez Zamawiającego. Jednakże, aby Zamawiający mógł wybrać ofertę rzeczywiście najkorzystniejszą, owe poza cenowe kryteria muszą zostać sformułowane w sposób konkretny, wykluczający w jak największym stopniu ocenność ze strony Zamawiającego. Wprowadzenie sposobu przydzielania punktacji pozwoli na możliwość dokonania precyzyjnej oceny złożonych ofert pod kątem zaoferowanych rozwiązań, co pozwoli na przeprowadzenie postępowania oraz wybór oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasady obiektywizmu i równego traktowania uczestników postępowania.

Kryterium poza cenowe, zaproponowane przez Zamawiającego, narusza zasadę przejrzystości. Ponadto jest przejawem nierównego traktowania Wykonawców, bowiem preferuje aktualnego Wykonawcę, który zna oczekiwania Zamawiającego oraz wprowadza ryzyko przypisania większej liczby punktów aktualnemu wykonawcy de facto bez możliwości jakiegokolwiek kontroli ze strony innych uczestników postępowania.

Wobec powyższego należało wnieść o zmianę pkt XVII ppkt 3.2 ogłoszenia o zamówieniu poprzez zastąpienie aktualnej treści, treścią odpowiadającą wymogowi przejrzystości, precyzyjności i równego traktowania Wykonawców.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, odpowiedzi (repliki) Zamawiającego na odwołanie z dnia 5 października 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik Odwołującego oświadczył, iż cofa ze skutkiem prawnym zarzut określony w pkt w 2 oraz 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 353¹ kc oraz art. 675 § 1 kc w związku z art. 139 ustawy ustawy Pzp (zarzut z pkt 2), a także zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 138n ustawy Pzp(zarzut z pkt 3) z omówioną do nich argumentacją znajdującą się w pkt 2 i 6 uzasadnienia odwołania.

Dodatkowo, na rozprawie pełnomocnik Odwołującego sprostował swoje oświadczenie, że nie cofnął zarzutu 3 z uzasadnienia odwołania dotyczącego rozliczenia po zakończeniu umowy.

W związku z powyższym rozstrzygnięcie o powyższych cofniętych zarzutach Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy w zakresie pozostałych zarzutów odwołania, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.142 ust.5 ustawy Pzp w związku z art.7 ust.1, art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp w związku z art.138m ustawy Pzp, art.138k ustawy Pzp, art.353¹ oraz art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp i art.139 ustawy Pzp, art. 151 ust.2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 139 ustawy Pzp oraz art. 557 § 2 zd.1 i art.577 § 1 kodeksu cywilnego.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób objęty zaskarżonym odwołaniem.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale X pkt 10 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym wzajemnych rozliczeń postanowił, co następuje:

Strony dopuszczają możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji umowy w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia tych zmian spowodowana jest:

1) zmianą stawki podatku od towarów i usług, pod warunkiem, iż Wykonawca wykaże, że zmiana stawki podatku od towarów i usług realnie zwiększyła koszty Wykonawcy przy realizacji przedmiotu umowy. w takim przypadku Wykonawca ma obowiązek w terminie 30 dni od zmiany wysokości stawki podatku od towarów i usług złożyć do Zamawiającego pisemny wniosek, w którym musi wykazać rzeczywisty wpływ zmiany stawki podatku na zwiększeniu kosztów realizacji umowy, przedstawiając w tym szczegółowe wyliczenia i zależności między zmianą stawki podatku od towarów i usług a wzrostem kosztów realizacji umowy. Zamawiający w terminie 10 dni od dnia złożenia wniosku ocenia czy Wykonawca wykazał rzeczywisty wpływ zmian na wzrost kosztów realizacji umowy. Po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Strony przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto, przy czym wynagrodzenie umowne netto pozostanie bez zmian. Wynagrodzenie brutto wykonawcy ulega zmianie w przypadku wejścia w życie zmiany przepisów w zakresie wysokości podatku od towarów i usług (VAT) mających zastosowanie w czasie realizacji niniejszej umowy. Wówczas, wynagrodzenie

brutto Wykonawcy za część prac wykonywaną po terminie wprowadzenia zmiany ulegnie stosownym zmianom natomiast wartość wynagrodzenia netto pozostanie bez zmian.

2) zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę pod warunkiem, że zmiana ta skutkować będzie zwiększeniem kosztów po stronie Wykonawcy związanych z realizacją umowy. W takim przypadku Wykonawca ma obowiązek w terminie 30 dni od zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia złożyć do Zamawiającego pisemny wniosek, w którym musi wykazać rzeczywisty wpływ zmiany minimalnego wynagrodzenia na zwiększenie kosztów realizacji umowy, przedstawiając w tym szczegółowe wyliczenia i zależności między zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia a wzrostem kosztów realizacji umowy. Zamawiający w terminie 10 dni od złożenia wniosku ocenia czy wykonawca wykazał rzeczywisty wpływ zmiany na wzrost kosztów realizacji umowy. Po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Strony przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto.

3) zmianą zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, pod warunkiem wykazania przez wykonawcę rzeczywistego wpływu zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne na zwiększenie kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy; W takim przypadku Wykonawca ma obowiązek w terminie 30 dni od zmian złożyć do Zamawiającego pisemny wniosek, w którym musi wykazać rzeczywisty wpływ zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne na zwiększenie kosztów realizacji umowy, przedstawiając w tym szczegółowe wyliczenia i zależności między zmianą zasad przyznawania a wzrostem kosztów realizacji umowy. Zamawiający w terminie 10 dni od dnia złożenia wniosku ocenia czy wykonawca wykazał rzeczywisty wpływ zmian w zakresie podlegania lub zmian wysokości składek na wzrost kosztów realizacji umowy. Po ocenie dostarczonych dokumentów i obliczeń Stron przystępują do negocjacji w zakresie zwiększenia wynagrodzenia umownego brutto.

Analogiczne postanowienia zostały zawarte w § 11 ust.10 projektu umowy.

W związku z powołanymi wyżej postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu - według zapatrywania Izby - zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Stosownie do brzmienia art.142 ust.5 ustawy Pzp umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Powyższy przepis nie zawiera obowiązku nałożonego na Zamawiającego szczegółowego uregulowania wszystkich kwestii związanych z sytuacją wystąpienia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Wymaga wskazania, że przepis ten zobowiązuje Zamawiającego jedynie do określenia na gruncie kontraktu zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

W ocenie Izby - Zamawiający takie reguły(zasady) w rozdziale X pkt 10 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i w § 11 ust.10 projektu umowy przewidział.

Samo zaś kwestionowanie przez Odwołującego czynności negocjacyjnych w warunkach nie zaskarżenia procedury składania do Zamawiającego pisemnego wniosku z uzasadnieniem wzrostu tych kosztów wydaje się bezzasadne.

Jeżeliby uznać rozumowanie Odwołującego za prawidłowe należałoby przyjąć, że odmienna ocena przez Zamawiającego wskazywanych przez wykonawcę przesłanek wzrostu wynagrodzenia prowadziłyby bezpośrednio do sytuacji spornej, bez rozwiązania konfliktu odnoszącego się do zmiany wysokości wynagrodzenia.

W przeciwieństwie do powyższej sytuacji procedura negocjacyjna umożliwia stronom przedstawienie własnych racji i dyskusję w tej mierze, której celem jest w rezultacie zmiana wynagrodzenia, do czego zresztą zobowiązuje się Zamawiający poprzez zapis, że wynagrodzenie brutto wykonawcy ulega zmianie.

Jednocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący zaproponował klauzulę zmieniającą wysokość wynagrodzenia w warunkach jego wykazania przez wykonawcę, co – w ocenie Izby – nadal nie usuwa możliwości wystąpienia sporu prawnego, którego obawia się Odwołujący, bowiem sformułowanie „wykazany” w powyższych postanowieniach ogłoszenia i projektu umowy nie jest precyzyjne.

Innymi słowy, to co dla Odwołującego zdaje się być oczywiste w zakresie zmiany przepisów i wzrostu kosztów wynagrodzenia, dla Zamawiającego może być już nie do zaakceptowania.

Powołane wyżej postanowienia ogłoszenia i projektu umowy obejmują – w opinii Izby – również sytuację zmiany wysokości minimalnej stawki godzinowej.

Przechodząc do dalszej części uzasadnienia odwołania, jeżeli chodzi o zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 138m ustawy Pzp (pkt 3 z uzasadnienia Odwołania), to - w ocenie Izby - również nie jest on trafny.

Dla potrzeb rozstrzygnięcia tego zarzutu, Izba ustaliła, że Zamawiający w sekcji II.2.4. ogłoszenia postanowił, co następuje:

c. Wykonawca zobowiązuje się do bieżącego uzupełniania wymaganych do prowadzenia produkcji posiłków urządzeń, sprzętu i innych elementów wyposażenia (z przeznaczeniem dla zakładów gastronomicznych a nie użytku domowego).

d. Wykonawca dba o należyty stan techniczny dzierżawionego obiektu (pomieszczeń, ścian, narożników, oświetlenia, itp.), wszelkich urządzeń, sprzętu i innych elementów wyposażenia, prowadząc bieżący serwis, jak również przeprowadzając na własny koszt okresowe przeglądy, konserwacje wraz ze stosownymi świadectwami wzorcowania, itp.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że stosownie do § 13 ust.1 projektu umowy - Dzierżawa pomieszczeń Kuchni i jej wyposażenia Zamawiający oddaje Wykonawcy do używania i pobierania pożytków powierzchnię 1259,4 m², znajdującą się w budynku E Szpitala (pomieszczenia Kuchni) wraz z wyposażeniem przejętym na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego.

Nadto, na podstawie ust. 3 powyższego postanowienia umownego wykonawca będzie zobowiązany do złożenia oświadczenia, iż zapoznał się ze stanem technicznym przedmiotu dzierżawy.

W tym celu na gruncie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział Załącznik nr 7 Wykaz sprzętu (łącznie z wentylacją i wyposażeniem nietrwałym) pozostającego własnością MSSW wraz z opisem aktualnego stanu technicznego (na dzień: 31.08.2018r.)

Po dokonaniu analizy powyższych postanowień, Izba stanęła na stanowisku, że nie jest możliwym narzucanie przez Zamawiającego wykonawcom niejako z góry obowiązku wymiany przekazanego sprzętu, wyposażenia, urządzeń, które nadają się do normalnego użytku, a zmiana lub utrata ich walorów może ewentualnie nastąpić dopiero w trakcie wykonania zamówienia, co w konsekwencji będzie rodzić po stronie wykonawcy uruchomienie powyższych obowiązków umownych.

Dodatkowo, na rozprawie Izba ustaliła, że była już przeprowadzona wizja lokalna pomieszczeń i oględziny sprzętu, urządzeń i wyposażenia, a Odwołujący oświadczył, że brał udział w tych oględzinach.

Według Izby – zapoznanie się przez Odwołującego ze stanem technicznym kuchni pozwoli mu na prawidłowego skalkulowanie kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 138k ustawy Pzp Izba uznała ten zarzut za nieudowodniony.

Izba ustaliła, że w pkt XVII 3.3. Zamawiający wprowadził wymóg dotyczący przewidywanego średniego dziennego kosztu surowców („wsad do kotła”), zgodnie z którym, najlepiej punktowany będzie najwyższy zaoferowany średni dzienny koszt surowców przypadający na 1-ego pacjenta, z uwzględnieniem informacji zawartej w Załączniku do SIWZ, iż wymagany stosunek „wsadu do kotła” do ceny 1 osobodnia powinien wynosić $\geq 40\%$.

Odwołujący w tej materii nie przeprowadził stosownego wyводу wykazującego, że wymagany stosunek „wsadu do kotła” do ceny 1 osobodnia powinien być określony przez wpis danej kwoty granicznej, a nie wskaźnik procentowy.

Izba uznała, że powyższe zasady odnoszą się w równym stopniu do wszystkich wykonawców.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 353¹ kodeksu cywilny oraz art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 139 ustawy Pzp Izba nie podzieliła argumentacji prezentowanej przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt XI.I.1 lit. d szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia do ogłoszenia o zamówieniu oraz § 12 lit. d projektu umowy ustanowił kary umowne dotyczące usług kompleksowego żywienia pacjentów i postanowił, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania usługi Zamawiający obciąży Wykonawcę karami umownymi w następujących wypadkach: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za wady w wykonaniu usługi:

1. przekraczające 15% zniżenie temperatury posiłku – temperatura posiłków mierzona na oddziałach w momencie dystrybucji pacjentom

2. przekraczające 15% zniżenie gramatury potraw (średnia masa z 10 wrywkowych porcji przygotowanych do dystrybucji, ważonych w kuchni i pojedyncze porcje ważone na oddziałach)

3. podanie potrawy przypalonej

4. podanie potrawy przesolonej

5. podanie potrawy zbyt mocno przyprawionej (na poziomie nieakceptowalnym sensorycznie)

6. podanie potrawy o smaku niecharakterystycznym, obcym

7. podanie zanieczyszczonej potrawy, np. ciało obce lub źle umyta, widoczne zanieczyszczenia, np. ziemia lub inne

8. podanie potrawy nieświeżej lub przygotowanej z nieświeżych surowców

9. brak zgodności posiłku z zamówioną dietą lub niezgodność potraw z planowanym jadłospisem, nie uzgodnione wcześniej z uprawnionym przedstawicielem Zamawiającego

10. zupy zbyt rzadkie, wodniste

11. potrawa mięsna zbyt twarda lub niedostateczna obróbka termiczna

12. potrawa z założenia gotowana lub pieczona, a podane pacjentowi jako niedogotowana lub niedopieczona

13. stosowanie produktów niezgodnych z ustaleniami, np. stosowanie margaryny lub mixów masła z olejem lub wędlin zawierających skrobię lub soję, itp.

14. nieterminowość lub samowolne zmiany godzin dostarczanych posiłków (opóźnienia większe niż 15 min)

15. inne wypływające z dokumentacji żywieniowej

w wysokości 1 % miesięcznej wartości usługi brutto (w danym miesiącu stwierdzenia uchybienia), za uchybienia oddzielnie każdego rodzaju stwierdzone w wyniku przeprowadzonej kontroli przez Zamawiającego w obecności przedstawiciela Wykonawcy.

Podstawą do na liczenia kar umownych będzie sporządzony przez Zamawiającego protokół pokontrolny, którego kopię otrzyma Wykonawca.

Zgodnie z brzmieniem art. 353¹ kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Określona w tym przepisie zasada swobody umów daje stronom możliwość dowolnego kształtowania jej treści i Izba nie może ingerować w tę wolność.

Zdaniem Izby - Odwołujący nie wykazał okoliczności wystąpienia kolizji treści lub celu tej umowy z jej właściwością (naturą), ustawą czy zasadami współżycia społecznego.

W przekonaniu Izby - każde ryzyko kontraktowe profesjonalny wykonawca kalkuluje indywidualnie i proponowana wysokość kar umownych może wpływać na wysokość ceny ofertowej, lecz nie oznacza to swobody kontraktowania nie uwzględniającej potrzeb Zamawiającego.

Jednocześnie w myśl art. 484. § 1 zd.1 kodeksu cywilnego w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Powyższy przepis wskazuje, że dopuszczalne jest ustanowienie kary umownej w wysokości przekraczającej poniesioną szkodę.

Wymaga również zauważenia, że miarkowanie wysokości kary umownej, jeżeli jest ona rażąco wygórowana należy kognicji do sądu powszechnego.

Zgodnie z art. 484 § 1 § 2 kodeksu cywilnego jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

W ocenie Izby – Zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w tej materii opisał przedmiot zamówienia, wymieniając enumeratywnie okoliczności uzasadniające zapłatę kar umownych.

Każda ze wskazanych wyżej sytuacji została skonkretyzowana i ma charakter obiektywny.

Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia art. 151 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ustawy Pzp oraz art. 557 § 2 zd. 1 art. 577 § 1 kc, Izba uznała go za chybiony.

Izba ustaliła w pkt X ust.4 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający ustanowił warunki i termin zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ten sposób, że:

- Zamawiający zwróci zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane,
- Kwota przeznaczona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady i gwarancji jakości będzie wynosić 30% wysokości zabezpieczenia. Kwota ta zostanie zwrócona nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady i gwarancji jakościowej.

Stosownie do art.557 § 2 kodeksu cywilnego gdy przedmiotem sprzedaży są rzeczy oznaczone tylko co do gatunku albo rzeczy mające powstać w przyszłości, sprzedawca jest zwolniony od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, jeżeli kupujący wiedział o wadzie w chwili wydania rzeczy.

W przekonaniu Izby trudno jest mówić o możliwości powzięcia wiedzy przez Zamawiającego o wadzie posiłku w chwili jego wydania, jeżeli jest on wydawany bezpośrednio pacjentom, a wobec tego należy przyjąć, że odpowiedzialność wykonawcy za wadliwe świadczenie usługi żywieniowej jest objęta odpowiedzialnością z tytułu rękojmi i w związku z tym prawnie dopuszczalne jest zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji.

W części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 138k ustawy Pzp Izba uznała go za nieuzasadniony.

Według Izby opis w kryterium funkcjonalność zaproponowanego systemu dystrybucji posiłków był wystarczająco szczegółowy i dostosowany do potrzeb Zamawiającego premiując wykonawcę świadczącego w sposób najbardziej sprawny i właściwy pod względem jakości podawanych posiłków.

Proponowany przez Odwołującego opis ma charakter przykładowy i nie uwzględnia specyfiki świadczeń u Zamawiającego, jak chociażby tych określonych w podkryterium oceny 14 dniowych jadłospisów przy uwzględnieniu wskazań dietetycznych.

Z tych wszystkich umotywowanych wyżej powodów Izba doszła do przekonania, że Zamawiający przygotował przetarg na usługi społeczne z poszanowaniem przepisu art.138k

ustawy Pzp, który stanowi między innymi, że Zamawiający określa sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne z uwzględnieniem obowiązkowych elementów postępowania określonych w niniejszym rozdziale oraz zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....