

Sygn. akt: KIO 2546/15

WYROK
z dnia 4 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2015 r. przez Odwołującego **Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Łodzi przy ul. Traktorowej 126, 91-204 Łódź

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie**, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawa

orzeka:

- 1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie w siwz zastrzeżenia możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku VAT oraz wysokości minimalnego wynagrodzenia po okresie niezmienności ceny, wpływających na wysokość kosztów wykonawcy od momentu ich wejścia w życie, nakazuje sporządzenie listy sprzętu znajdującego się obecnie na wyposażeniu kuchni oraz zaplecza z informacją o tym, czy sprzęt jest sprawny, nakazuje modyfikację § 14 lit. c projektu umowy poprzez obniżenie wysokości kary umownej do *1,5% 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*, nakazuje modyfikację § 14 lit. d projektu umowy poprzez obniżenie wysokości kary umownej na *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*. W pozostałym zakresie zarzuty oddala.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie 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, tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2 Zasądza od Zamawiającego – Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie na rzecz Odwołującego – Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę **18.600 zł. 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie na świadczenie usług w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchni Zamawiającego (nr postępowania: U-51/N/15), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 217-396238 w dniu 10 listopada 2015 r., wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz ogłoszenia, zostało wniesione w dniu 20 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (sygn. akt KIO 2546/15).

Zamawiający opublikował treść siwz w dniu 10 listopada 2015 r. na stronie internetowej szpitala.

Odwołujący zaskarżył treść ogłoszenia oraz siwz, jako dokonanych z naruszeniem:

1. Przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 142 ust. 5 poprzez:
 - a) zaniechanie określenia w siwz postanowień o zmianie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, o których mowa w przepisie.
 - b) zamieszczenie postanowień obligujących wykonawcę do zaoferowania niezmienności cen powyżej 12 miesięcy pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz oraz narzucenie niezmienności ceny przez okres 30 miesięcy, w sytuacji gdy zgodnie z niniejszym przepisem waloryzacja wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadkach, o których mowa w niniejszym przepisie, następuje automatycznie, a nowa wysokość wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie nowych przepisów (od tego dnia wzrastają koszty wykonawcy).
2. Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.
3. Naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia.
4. Naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 484 § 2, art. 5 ustawy K.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy, polegające na nałożeniu w siwz rażąco wygórowanych kar umownych na Wykonawcę.

5. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp poprzez opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i nieo określony.
6. Naruszenie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niepozwalający na zweryfikowanie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia i dający możliwość ubiegania się o zamówienie podmiotom niedającym rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia.
7. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień siwz poprzez wykreślenie części kwestionowanych postanowień lub ich modyfikację w sposób wskazany przez Odwołującego.

Swój interes we wniesieniu odwołania Odwołujący uzasadniał tym, że Zamawiający niewłaściwie, tj. z naruszeniem przepisów ustawy przygotował postępowanie (siwz oraz ogłoszenie o zamówieniu).

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 1 grudnia 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę. Postępowanie prowadzone jest według zasad określonych dla postępowań o wartości przekraczającej kwotę, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia w publikatorze unijnym.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego wywoływać

miałyby zaskarżone postanowienia siwz i ogłoszenia. Ponieważ zarzuty dotyczą postanowień związanych z opisem przedmiotu zamówienia, a także warunków na jakich ma być realizowane zamówienie, uchybienia popełnione w tym obszarze przez Zamawiającego, mogą wpływać na sposób wyceny ofert przez wykonawców, co ma zasadnicze znaczenie dla zagwarantowania ich porównywalności na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, ale także stanowią podstawę dla podjęcia decyzji o możliwości realizacji umowy na warunkach narzuconych przez Zamawiającego. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości ustalenie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służy niniejsze odwołanie, jak również może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści z jakimi wiąże się dla tego wykonawcy pozyskanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do zmiany, uzupełnienia bądź modyfikacji części postanowień siwz, istotnych z punktu widzenia przygotowania konkurencyjnej oferty. Powyższa ocena odnosi się do kwestionowanych zapisów siwz (w tym wzoru umowy) w pierwotnym brzmieniu (przed modyfikacją dokonaną po wniesieniu odwołania). W dalszej części uzasadnienia przy poszczególnych zarzutach Izba uwzględniła okoliczności ustalone w sprawie istniejące na moment wyrokowania, w szczególności związane z nowym brzmieniem części kwestionowanych zapisów siwz.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, które to ustalenia znajdują się poniżej przy każdym z rozpoznanych zarzutów.

W celu zachowania przejrzystości wyroku przed każdym z zarzutów przywołane zostały istotne argumenty podnoszone przez obie strony, a rozstrzygnięcie zostało podjęte z uwzględnieniem stanu faktycznego istniejącego na moment rozstrzygnięcia o zarzutach. Uwaga ta ma istotne znaczenie, gdyż część z zarzutów podniesionych w odwołaniu traciła aktualność w związku z modyfikacją części postanowień siwz oraz wyjaśnieniami Zamawiającego, dokonanych w piśmie z dnia 20.11.2015 r., opublikowanych w dniu 23.11.2015 r. W przypadku zarzutów, co do których czynność modyfikacji siwz czyniła zadość żądaniom Odwołującego, Izba oddaliła w tym zakresie odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy. W ocenie składu orzekającego, po usunięciu spornych postanowień siwz, co miało miejsce już po wniesieniu odwołania, ale przed jego rozpoznaniem, nastąpiła zmiana sytuacji faktycznej istotnej z punktu widzenia wpływu uchylonych (i skarżonych) postanowień na wynik postępowania. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a w przypadku stwierdzenia, iż naruszenie przepisów ustawy nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania,

odwołanie nie może być uwzględnione (art. 192 ust. 2 Ustawy). Przy wyrokowaniu w niniejszej sprawie Izba nie mogła pominąć okoliczność faktycznej istotnej z punktu widzenia zakresu zaskarżenia, jaką były wyjaśnienia oraz zmiany postanowień siwz, co do których formułowane były zarzuty naruszenia przepisów Ustawy. Skoro Zamawiający uchylił część kwestionowanych postanowień, należało przyjąć, iż nie mogły one (jako nieistniejące) wpływać na sytuacje wykonawców w postępowaniu, jak i sam wynik. Należy jednocześnie zauważyć, iż wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej na zmienioną treść postanowień siwz, co do których Izba nie może wyrażać oceny, gdyż stanowiłoby to wykroczenie poza zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu. Jedynie tam, gdzie modyfikacja nie była zgodna z żądaniami Odwołującego, a postanowienia zawierały nadal braki w opisie lub utrzymane zostały sporne zapisy, Izba dokonała oceny zasadności zarzutów, mając również na uwadze wyjaśnienia, jakich udzielił Zamawiający wykonawcom w odpowiedzi na zgłoszone zapytania do swiz.

1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował zapisy załącznika do swiz *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Wzoru umowy*, a także wprowadzone kryterium oceny ofert *warunku płatności*.

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia zarzut skierowany został wobec postanowień z pkt XI, ppkt 9, 15-17 dotyczących niezmienności ceny. Zamawiający wskazał, iż *cena jednostkowa usługi przy stałym zamówieniu pozostaje niezmienna przez 30 miesięcy. Pierwsza zmiana ceny może nastąpić po pełnym roku kalendarzowym od momentu zakończenia okresu niezmienności ceny, nie więc niż o średnią ważoną wskaźnika wynagrodzenia (przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw) oraz cen towarów i usług konsumpcyjnych podawany przez GUS za poprzedni rok kalendarzowy. Cena w okresie, o którym mowa w zdaniu pierwszym nie podlega waloryzacji (ppkt 9).* Ponadto Zamawiający wskazał, iż *każda następna zmiana cen może być dokonana na pisemny wniosek Wykonawcy nie wcześniej niż po upływie 12 m-cy od poprzedniej waloryzacji, nie więcej niż o średnią ważoną wskaźnika wynagrodzenia (przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw) oraz cen towarów i usług konsumpcyjnych. Wniosek, o którym mowa w zdaniu pierwszym winien zawierać pisemne uzasadnienie proponowanych zmian (ppkt 15). Zmiana ceny jednostkowej usługi może nastąpić w przypadku zmiany przepisów prawa w procesie publiczno-prawnym, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy (ppkt 16). Zmiana wysokości ceny jednostkowej usługi określonej w ust. 2 i ust. 4 będzie następować na wniosek Wykonawcy w drodze negocjacji stron w formie aneksu do umowy. Wniosek powinien zawierać pisemne uzasadnienie proponowanych zmian. Odmowa zmiany może nastąpić jedynie z powodu*

obiektywnie uzasadnionych przyczyn lub gdy jest sprzeczna z zapisami umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą (ppkt 17).

We wzorze umowy Zamawiający w § 13 ust 7-9 powtórzył zapisy z ppkt 9 i 15 opisu przedmiotu zamówienia, z tym wyjątkiem, iż w ust. 7 pozostawił miejsce do wpisania ilości miesięcy, w których cena jednostkowa usługi pozostaje niezmienną.

Ponadto Zamawiający w pkt XVII ppkt 3.3 siwz ustalił sposób oceny ofert w kryterium „Warunki płatności”, w którym przyznawane mają być punkty za *niezmiennność ceny – 3%*. *Zaproponowany przez wykonawcę termin 12 miesięcy otrzyma 0 pkt. Zaproponowany przez wykonawcę termin poniżej 12 miesięcy – oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z siwz.*

W ocenie Odwołującego postanowienia te naruszają art. 142 ust. 5 oraz art. 7 Ustawy, gdyż wyłączają automatyzm waloryzacji, który jest celem instytucji. Waloryzacja winna nastąpić automatycznie, a nowa wysokość wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie odpowiednich przepisów, z którym to momentem po stronie wykonawcy wzrastają koszty. Sprzeczne z art. 142 ust. 5 Pzp jest narzucenie wykonawcy zaoferowania niezmienności ceny powyżej 12 miesięcy, tym bardziej pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz.

Odwołujący wniósł o wykreślenie ppkt 9, 15-17 z opisu przedmiotu zamówienia, a także § 13 ust 7-9 wzoru umowy oraz pkt XVII ppkt 2 (wiersz 4) i ppkt 3 siwz oraz nadanie nowego brzmienia § 13 ust 7 wzoru umowy:

„Wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie w przypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany

a) stawki podatku od towarów i usług,

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

d) zmiany cen towarów i usług konsumpcyjnych podanych przez GUS za poprzedni rok kalendarzowy

– jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi według następujących zasad:

1) w wypadku zmiany, o której mowa w lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a nowa wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczana na podstawie nowych przepisów.

2) W przypadku zmiany, o której mowa w lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie

o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikająca ze zwiększenia wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wysokości wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

3) W przypadku zmiany, o której mowa w lit. c) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.

4) Warunkiem waloryzacji będzie złożenie wniosku przez Wykonawcę, a w przypadku zmian, o których mowa w lit. b i c wykazanie przez Wykonawcę wpływu zmian, o których mowa w lit a, b i c na koszt wykonania zamówienia o szczegółowy sposób wyliczenia nowych cen.

5) W przypadku niewykazania przez Wykonawcę wpływu zmian na koszt wykonania zamówienia, Zamawiający ma prawo nie uwzględniać waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy do czasu przedstawienia wymaganego uzasadnienia wpływu zmian na koszty wykonania zamówienia i szczegółowego sposobu wyliczenia nowych cen.

6) Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy obowiązywać będzie od dnia wejście w życie zmian, o których mowa w lit. a, b i c, a w przypadku określonym w punkcie d) od dnia stosownego ogłoszenia dokonanego przez Prezesa GUS.

Zamawiający w dniu 20.11.2015 r. udzielił zbiorczej odpowiedzi na pytania (371 odpowiedzi), a także dokonał modyfikacji postanowień siwz, w tym szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy. Nowe brzmienie ustępów 9 i 10 załącznika zastąpiło kwestionowane postanowienia z ust. 9, 15-17 i obecnie *pierwsza zmiana wysokości wynagrodzenia może nastąpić po pełnym roku kalendarzowym od momentu zakończenia niezmienności ceny nie więcej niż o średnie przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw oraz cen towarów i usług konsumpcyjnych podawany przez GUS za poprzedni rok kalendarzowy oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Każda następną zmianą cen może być dokonana na pisemny wniosek Wykonawcy nie wcześniej niż po upływie 12 m-cy od poprzedniej waloryzacji, nie więcej niż o średnie przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw oraz cen towarów i usług konsumpcyjnych oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. (...) Zmiana wysokości ceny jednostkowej usługi (...) będzie następować na wniosek Wykonawcy w drodze negocjacji Stron w formie aneksu do umowy. Wniosek winien zawierać pisemne uzasadnienie proponowanych zmian. Analogiczne zapisy zostały przeniesione do nowego § 13 ust. 8, 9 i 10 wzoru umowy.*

Zamawiający w odpowiedzi na pytania nr 63 oraz 102 dotyczące zasad waloryzacji wynagrodzenia wskazał, iż w przypadku zmiany stawki podatku VAT waloryzacja ma charakter automatyczny ponieważ wykonawca nalicza VAT wg stawki obowiązującej w dniu wystawienia faktury (zgodnie z § 13 ust. 1 wzoru umowy)

Zarzut zasługiwał w części na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 142 ust. 5 Ustawy, przy umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy należy ustalić zasady wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia, 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.

Przedmiotowe zamówienie realizowane ma być na podstawie umowy zawartej na okres 4 lat (pt II.2 i 3 siwz), co wskazuje na obowiązek Zamawiającego ustalenia zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz zasad podlegania ubezpieczeniu społecznemu lub zdrowotnemu, albo wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Zasady te powinny umożliwiać dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy od momentu wejścia w życie nowych przepisów, jeżeli będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia. W wyniku dokonanej modyfikacji postanowień siwz zniesione zostało ograniczenie niezmienności ceny przez okres 30 miesięcy, a obecnie do pierwszej zmiany wysokości wynagrodzenia może dojść po upływie pełnego roku kalendarzowego od momentu zakończenia okresu niezmienności ceny, wynoszącym 12 miesięcy. Zapisy dotyczące okresu, po jakim możliwa będzie zmiana wysokości wynagrodzenia nie uległy zmianie, gdyż tak przed, jak i po modyfikacji siwz obowiązuje wymóg upływu pełnego roku kalendarzowego od momentu zakończenia okresu niezmienności ceny. Zasadniczo zmiana okresu niezmienności ceny z 30 miesięcy na 12 miesięcy nie wpływa na ocenę zapisów siwz, gdyż nadal do pierwszej zmiany wysokości wynagrodzenia może dojść dopiero po upływie pełnego roku po okresie niezmienności ceny, skróconego obecnie do 12 miesięcy świadczenia usługi. W ocenie Izby, wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie czasowe dla dokonania zmiany wysokości wynagrodzenia narusza przepisu Ustawy w ten sposób, iż uniemożliwia dokonanie zmiany wynagrodzenia wskazanego w umowie po upływie 12 miesięcy świadczenia usługi, jeżeli po tym okresie nastąpiłaby zmiana czynników regulowanych ustawowo, a wpływających na koszty świadczenia usługi. W sytuacji gdyby do zmiany przepisów określających wysokość stawki podatku VAT, minimalnego wynagrodzenia lub zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub zdrowotnemu lub

wysokości składki na ubezpieczenie doszło w tym okresie, a wpływałoby to na zwiększenie kosztów świadczenia usługi, wykonawca mógłby wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wysokości wynagrodzenia najwcześniej po upływie 24 miesięcy (a przed zmianą siwz po upływie 42 miesięcy). Przy takim scenariuszu, zapis siwz i umowy, wprowadzający dodatkowy okres, ponad okres niezmienności ceny, należało uznać za naruszający z art. 142 ust.5 Ustawy, w którym wprowadzony nakaz określenia zasad zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia okoliczności w nim wskazanych dotyczy umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W ocenie Izby, ustalenie zasad, w których możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy zostaje przyznana dopiero po upływie kolejnych miesięcy następujących po roku świadczenia usługi, stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu. Skoro ustawodawca wskazał na potrzebę uregulowania zasad zmiany wynagrodzenia w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, to zmiany te mogą okazać się konieczne już w pierwszych miesiącach po upływie roku świadczenia usługi. Jedynym ograniczeniem ustawowym możliwości dokonania zmiany wynagrodzenia, jest brak wykazania wpływu na wysokość kosztów związanych z wykonaniem umowy. Powoduje to potrzebę każdorazowego przeanalizowania zmiany przepisów i ich wpływu na realizowaną przez wykonawcę umowę. W tym znaczeniu automatyzm mechanizmu zmiany wysokości wynagrodzenia nie może być postulowany. Zasady zmiany powinny natomiast umożliwiać stronom wystąpienie z wnioskiem w przypadku, gdy zmiana przepisów wpływa na wysokość kosztów realizacji umowy. W niniejszej sprawie Zamawiający odgórnie, niezależnie od sytuacji faktycznej, wyłączył możliwość zmiany wynagrodzenia na okres kolejnych 12 miesięcy ponad okres niezmienności ceny. W przypadku wzrostu kosztów spowodowanego wejściem w życie zmienionych przepisów, o których mowa w art. 142 ust. 5 Ustawy w okresie realizacji umowy, wykonawca nie będzie mógł skutecznie ubiegać się o aneksowanie umowy w pierwszych dwóch latach świadczenia usługi. Wprawdzie Zamawiający ustalił tryb w jakim miałyby dojść do wprowadzenia zmiany – negocjacje z Wykonawcą na podstawie wniosku, to jednak brak jest w siwz wskazania, iż waloryzacja nie będzie mniejsza od zmiany kosztów spowodowanych wzrostem stawki VAT, minimalnego wynagrodzenia lub składki ubezpieczeniowej lub zasad podleganiu ubezpieczeniom, wykazanych we wniosku. Izba uznała, iż odwołanie się do postanowień § 13 ust. 1 wzoru umowy w odpowiedzi na pytania nr 63 oraz 102, jako podstawy do stwierdzenia, iż Zamawiający ustalił zasady zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku VAT, nie mogło być skuteczne. Wprawdzie par. 13 dotyczy rozliczenia wykonania usługi, to właściwe postanowienia dotyczące zasad waloryzacji znajdują się w ust. 8, 9 i 10 wzoru umowy. W ustępie 1 wskazana została jedynie cena jednostkowa (ryczałtowa, osobodnia żywienia z uwzględnieniem wskazanych diet) + obowiązujący podatek VAT (bez sprecyzowania jego wysokości). Dopiero w ustępie 3 wskazana została wartość umowy

brutto, wliczana na podstawie wartości osobodnia wskazanej w ust. 1 i przeliczonej przez przeciętną ilość 320 osobodni razy 4 lata (1460 dni). Ani w ust. 1, ani w ust. 3 wysokość stawki podatku VAT nie została sprecyzowana, chociaż jednocześnie wartość brutto umowy musi uwzględniać stawkę podatku VAT obowiązującą w momencie złożenia oferty. W przypadku zmiany stawki podatku VAT zmianie ulec będzie musiała wartość umowy brutto wskazana w ust. 3, co powinno być stwierdzone w drodze aneksu do umowy. Na marginesie należy wskazać, iż zasady zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy powinny również obejmować sytuację, kiedy wynikiem zmiany przepisów jest obniżenie kosztów świadczenia usługi, co umożliwiłoby zmniejszenie wynagrodzenia na korzyść Zamawiającego.

Słuszne były zastrzeżenia Odwołującego co do braku wskazania przez Zamawiającego momentu, od którego zmiany miałyby obowiązywać. Przy obecnych postanowieniach wykonawca nie ma gwarancji, iż efektem negocjacji będzie zwiększenie należnego mu wynagrodzenia po wejściu w życie przepisów, nakładających wyższe koszty świadczenia usługi, a tym samym realizacji celu przepisu, jakim jest zniesienie niekorzystnych skutków wynikających z okoliczności niezależnych od wykonawcy, a wpływających na rentowność realizowanej umowy zawartej w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazana przez Zamawiającego maksymalna dopuszczalna wysokość zmiany wynagrodzenia powinna być uzupełniona o wskazanie poziomu dopuszczalnej zmiany nie niższej, niż wynikającej ze wzrostu kosztów po stronie wykonawcy, spowodowanego zmianą przepisów obowiązujących w trakcie trwania umowy.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 142 ust. 5 Ustawy pozostający w związku z ustalonym w siwz sposobem przyznawania punktów w kryterium *warunki płatności*. Podstawa faktyczna zarzutu przywołana w odwołaniu nie miała oparcia w postanowienia siwz – pkt XVII 3.3. Odwołujący błędnie wskazał, iż za niezgodną z siwz (a tym samym podlegającą odrzuceniu) uznana miała być oferta, w której termin niezmienności ceny zostałby określony powyżej 12 miesięcy. Zgodnie z treścią siwz, za niezgodną z siwz Zamawiający uzna ofertę w której zaproponowany zostanie termin poniżej 12 miesięcy, co nie narusza art. 142 ust. 5 Ustawy kierowanego do tych umów, które zawierane są na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Kwestionowany czas niezmienności ceny (30 miesięcy) został przez Zamawiającego usunięty, a ponadto nie był on pierwotnie wskazany w opisie sposobu oceny oferty w kryterium niezmienności ceny, a tym samym od początku nie mógł mieć wpływu na ocenę oferty jako niezgodnej z siwz.

2. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz

w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wskazał w 10 ppkt zapisy SIWZ, które jego zdaniem naruszają zasady opisu przedmiotu zamówienia wskazując w żądaniach potrzebę ich zmiany.

- a) W rozdziale V pkt 1 siwz *Wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków* Zamawiający wskazał na *wypełniony Formularz Ofertowy stanowiący Załącznik Nr 2 do niniejszej specyfikacji wraz z wypełnionymi załączonymi parametrami technicznymi, stanowiącymi załączniki do Formularza Ofertowego*. Odwołujący wskazał na brak stosownych formularzy/załączników, w których można wypełnić informacje o parametrach technicznych, a ponadto w siwz nie zostały określone wymagania, co do parametrów technicznych. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż parametry techniczne stanowią opis przedmiotu zamówienia opracowany przez Zamawiającego (normy, diety, ilości posiłków, liczby pacjentów i oddziałów), a w formularzu ofertowym nie ma informacji o dalszych załącznikach.

Izba oddalając w tym zakresie odwołanie uznała, iż zapis z rozdziału V ppkt 1 siwz dotyczący parametrów technicznych faktycznie dotyczył opisu przedmiotu zamówienia i wskazanych przez Zamawiającego wytycznych dotyczących przedmiotu świadczenia. Nie budziło wątpliwości, iż elementem opisu przedmiotu zamówienia są załączone do siwz załączniki (miesięczne rozliczenie ilości żywionych pacjentów, całościowe zestawienie miesięczne zamówionych posiłków, opis diet, dzienne normy żywieniowe, ilości pacjentów, wymagane temperatury potraw, posiłków regeneracyjnych, harmonogramy dostaw i wydawania posiłków). W ocenie Izby, wystarczającym do rozwiania wątpliwości związanych z ustaleniem co należy rozumieć przez wypełnione parametry techniczne były wyjaśnienia, jakich udzielił Zamawiający, które nie wymagają korekty zapisów siwz, z których wynika obowiązek załączenia do formularza ofertowego wypełnionych przez Zamawiającego parametrów technicznych, identyfikujących przyjęty przez wykonawcę do wyceny przedmiot świadczenia.

- b) Rozdział X ppkt 1 siwz dotyczący wysokości zabezpieczenie należytego wykonania umowy i sposobu jego obliczenia, zawierać ma sprzeczne informacje z tymi jakie wynikają ze wzoru umowy, co wynika z różnego definiowania przez Zamawiającego wysokości wynagrodzenia brutto we wzorze umowy (§ 20. Ust. 1, § 13 ust. 3) oraz opisie przedmiotu zamówienia (B. XI. Ppkt 10). Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 64 ujednotził ilość osobodni wskazywaną w różnych postanowieniach siwz na 320, co Odwołujący uznał jako satysfakcjonujące.

Powyższe prowadziło do oddalenia odwołania w tym zakresie, gdyż w momencie orzekania faktycznie nie obowiązywały postanowienia, które mogłyby wpływać na sporządzenie oferty, a tym samym jej ocenę.

- c) Załącznik do siwz – *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*. Zamawiający nałożył w akapicie 1 na Wykonawcę obowiązek uzupełnienia wyposażenia kuchni szpitalnej z zapleczem zgodnie z wymaganymi standardami, a jednocześnie nie doprecyzował jakie wyposażenie ma na myśli, oraz z jakimi standardami ma być zgodne. Uniemożliwia to wykonawcy ustalenie zakresu zobowiązania, co stoi w sprzeczności z zasadami wynikającymi z art. 29 ust. 1 Ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 71 wskazał, iż chodzi o *ewentualny sprzęt niezbędny do prawidłowego funkcjonowania oraz wykonywania usługi na najwyższym poziomie oraz zgodnie ze sztuką*. Dodatkowo na rozprawie podniósł, iż zgodnie z § 1 ust. 2 wzoru umowy do Wykonawcy należy ustalenie w jakim zakresie (według jego potrzeb), zachodzić będzie potrzeba uzupełnienia wyposażenia kuchni i zaplecza, a Zamawiający w tym celu udostępnił pomieszczenia do wizytacji. Odwołujący w dniu 25.11.2015 r. był na obiekcie i sporządził dokumentację fotograficzną urządzeń znajdujących się obecnie na wyposażeniu kuchni, celem ich utrwalenia oraz oceny stanu technicznego urządzeń i pomieszczeń (notatka z wizji lokalnej). W odpowiedzi na pytanie nr 27 Zamawiający wskazał, iż *lista całości sprzętu zostanie przekazana przy przekazaniu kuchni wykonawcy wyłonionemu w trakcie prowadzonego postępowania*. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż znajdujący się na wyposażeniu kuchni sprzęt jest obecnie wykorzystywany do przygotowania posiłków, a ponieważ nie posiada dokumentacji technicznej urządzeń dostarczonych przez poprzedniego usługodawcę, nie ma pełnej informacji o sprzęcie. Na podstawie wizji lokalnej pomieszczenia, wykonawcy mogli ustalić jaki sprzęt posiada Zamawiający i w jakim jest on stanie technicznym.

Izba uwzględniła w tym zakresie odwołanie.

Słusznie Odwołujący wskazywał, iż opisu przedmiotu zamówienia nie można zastępować wizją lokalną. Wizja lokalna może co najwyżej mieć charakter pomocniczy dla wykonawców, którzy na tej podstawie mogą samodzielnie ustalić stan techniczny urządzeń, jakie zostaną przekazane po podpisaniu umowy. Obowiązkiem Zamawiającego jest udostępnienie informacji niezbędnej dla ustalenia zakresu świadczenia leżącego po jego stronie – tj. wskazania jakie urządzenia przekaże wykonawcy, który będzie realizował usługę. Inną kwestią jest ocena potrzeb wykonawcy, która nie obciąża Zamawiającego, ale aby ta ocena mogła być przeprowadzona, wykonawca musi wiedzieć co zostanie mu przekazane. Jest to informacja istotna, gdyż na tej podstawie wykonawcy mogą oszacować koszty dodatkowe związane z doposażeniem kuchni. Przeniesienie na wykonawców obowiązku ustalenia stanu

wyposażenia kuchni oraz zaplecza stoi w rażącej sprzeczności z obowiązkiem precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu nie jest tylko świadczenie usługi żywienia, ale również przyjęcie przez wykonawcę obowiązku doposażenia kuchni w stopniu koniecznym do należytego wykonania świadczenia zasadniczego. Opisu nie można utożsamiać ze wskazaniem na możliwość zapoznania się z wyposażeniem na miejscu u Zamawiającego. Nie jest to po pierwsze opis przedmiotu zamówienia, a po drugie może to utrudnić znacząco części wykonawcom (nie mającym siedziby na obszarze Warszawy) właściwe przygotowanie oferty, prowadząc do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien sporządzić co najmniej wykaz urządzeń, które posiada z informacją o tym, czy są one sprawne technicznie i uzupełnić o te informacje opis przedmiotu zamówienia. Brak dokumentacji technicznej nie stanowi uzasadnienia dla odstąpienia od wskazania rodzaju urządzeń z jakich obecnie korzysta Zamawiający.

- d) Załącznik do siwz – *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*. Zamawiający w ppkt 1 oraz § 1 ust. 4 projektu umowy dopuścił prowadzenie usług na rzecz innych odbiorców zewnętrznych pod warunkiem otrzymania każdorazowej pisemnej zgody, na warunkach każdorazowo negocjowanych. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż ten nie doprecyzował warunków, na jakich wykonawca będzie mógł sporządzać posiłki na rzecz odbiorców zewnętrznych (takich samych niezależnie od wybranego wykonawcy). Przy obecnych zapisach siwz wykonawca nie ma pewności na jakich zasadach udzielana miałyby być zgoda przez Zamawiającego.

Na rozprawie Zamawiający podnosił, iż możliwość świadczenia usługi na rzecz odbiorców zewnętrznych nie jest objęta przedmiotem świadczenia polegającego na żywieniu pacjentów szpitala. Zamawiający jedynie zasygnalizował, iż taką możliwość dopuści, co wymagać będzie każdorazowej zgody wydawanej w zależności od tego, czy nie wpłynie to negatywnie na wykonywaną umowę.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie uznając, iż podnoszony brak reguł na jakich miałyby być wydawana zgoda na świadczenie usługi na rzecz odbiorców zewnętrznych nie odnosi się do zakresu świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia. W ocenie Izby taka możliwość może mieć rzeczywiście wpływ na zwiększenie korzyści, jakie mógłby osiągnąć wykonawca przy okazji wykonywania umowy na rzecz Zamawiającego, nie wpłynie jednak zasadniczo na zmniejszenie kosztów dotyczących świadczenia objętego umową. Odwołujący wskazywał w tym zakresie na możliwość przeniesienia kosztów związanych z transportem na zewnątrz przygotowanych posiłków. W ocenie Izby potwierdza to stwierdzenie Zamawiającego o braku związku z przedmiotem zamówienia, który nie wymaga transportu posiłków poza teren szpitala. Ponieważ przedmiot zamówienia nie obejmuje świadczenia

usługi na rzecz odbiorców zewnętrznych, brak precyzji zapisów dotyczących tej formy wykorzystania pomieszczeń kuchni przekazanych wykonawcy, nie ma wpływu na sporządzenie oferty, a tym samym nie może naruszać interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

- e) Załącznik do siwz – *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* oraz § 10 ust. 1 projektu umowy. Odwołujący wskazał na sprzeczność postanowień siwz dotyczących wskazanych godzin, do których mają być składane zestawienia ilości zamawianych posiłków-diet, w których raz Zamawiający określa do godziny 13:00 (pkt A ppkt 12), a raz do godziny 12:00 (§ 10 ust. 1 projektu umowy). Odwołujący wniósł o jednoznaczne określenie godziny, do której będą składane zamówienia na posiłki na dzień następnny.

Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż różnica w określeniu godzin, do których będą przekazywane zestawienia zamawianych na następny dzień posiłków-diet, była zamierzona i dotyczyła dwóch okresów świadczenia usługi, opisanych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia pod literami A. i B. Dla usługi żywienia w okresie przejściowym (A) Zamawiający ustalił godzinę 13:00 (I ppkt 12), a dla usługi żywienia w okresie docelowym (B) Zamawiający ustalił godzinę 12:00 (VII. ppkt 1). Okresem przejściowym jest okres od podpisania umowy do czasu uruchomienia produkcji w obiekcie Zamawiającego, nie dłuższy niż trzy tygodnie, w którym Zamawiający dokona naprawy nieszczelnej instalacji wodno-kanalizacyjnej (A.I ppkt 1 SOPZ). W tym okresie dostawa posiłków będzie odbywać się z zewnątrz. W § 10 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający przeniósł zapis dotyczący godziny 12:00.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie przyjmując, iż różnica związana z ustalonymi w opisie przedmiotu zamówienia godzinami na przekazanie zestawienia dotyczyła dwóch różnych okresów świadczenia usługi. Ostatecznie we zwrzwe umowy wskazana została jedna godzina – 12:00, która jest dla wykonawcy korzystniejsza, gdyż otrzyma wcześniej informację potrzebną do przygotowania posiłków – diet na kolejny dzień. Faktycznie zatem, przy obecnym kształcie projektu umowy, dla Zamawiającego wiążąca będzie godzina wskazana w umowie, wynikająca z opisu przedmiotu zamówienia.

- f) Załącznik do siwz – *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*, pkt A.I ppkt 15 – Zamawiający wymaga wstawienia *przez Wykonawcę w Oddziałach warników do gotowania wody/ czajników elektrycznych (...) wraz z kubkami jednorazowymi do napojów gorących – dostępnych dla chorych w ilości wymaganej przez Oddziały*. Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający nie określił ilości kubków, warników, czajników wymaganych przez oddziały i wniósł o wskazanie tej informacji w siwz.

Zamawiający w odpowiedzi na pytania nr 47 oraz 279, dotyczące tego elementu opisu przedmiotu zamówienia, wskazał na ilość oddziałów wynikającą z załączników oraz doprecyzował ilość kubków rocznie ok. 50.000 szt.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie, przyjmując, iż ilość kubków została wprost wskazana w odpowiedzi na pytania wykonawców, natomiast ilość pozostałego wyposażenia (worniki i czajniki elektryczne) wynika z ilości oddziałów wskazanych w załącznikach, co każdy z wykonawców mógł samodzielnie policzyć dla kalkulacji ceny oferty. Skoro Zamawiający w odpowiedzi na pytania nie podał dalszej informacji co do ilości sztuk na każdy oddział, to należy przyjąć, iż wymaga dostawy po jednym worniku i czajniku elektrycznym na każdy oddział. Nie wymaga to zatem doprecyzowania w siwz.

- g) Załącznik do siwz – *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* – B.I ppkt 8 – dotyczący posiłków ponadstandardowych dla diety ogólnej, dodatkowo płatnych przez pacjenta. Zamawiający wskazał, iż *Wykonawca proponuje podział zysków i sposób rozliczania takiego przedsięwzięcia wobec Zamawiającego. Umowa zostanie doprecyzowana w zależności od proponowanego wariantu*. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający powinien określić warunki podziału zysku już w siwz, tak aby były one takie same dla każdego wybranego wykonawcy.

Zamawiający wskazał, iż ten element warunku kontraktu nie dotyczy przedmiotu zamówienia, jakim jest świadczenie usługi żywienia pacjentów według wskazanych w siwz zasad, identycznych dla wszystkich wykonawców.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie.

W ocenie składu orzekającego, klauzula umowna nie dotyczy wprost przedmiotu świadczenia wykonawcy, nie jest również przedmiotem wyceny oraz oceny przez Zamawiającego. Ponadto, to do decyzji Wykonawcy pozostawione zostało w jaki sposób zamierza rozliczyć się z Zamawiającym w związku z dodatkowym świadczeniem na rzecz pacjentów (a nie Zamawiającego). Zasadniczo klauzula ta, dopuszczalna w ramach swobody umów, nie odnosi się do przedmiotu zamówienia stanowiącego przedmiot wyceny, a zatem nie ma wpływu na naruszenie interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

- h) Załącznik do siwz – *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* – B.XI ppkt 21 – Zamawiający określił termin płatności faktury: *32 dni od daty jej otrzymania*, a jednocześnie w załączniku nr 2 do siwz (formularz oferty) pkt 1 ppkt 1 pozostawił puste miejsce do wskazania terminu (nie krótszego niż 60 dni). Powyżej zapisy są ze sobą sprzeczne i Odwołujący wnosil o jednoznaczne określenie terminu płatności.

Zamawiający dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w pkt B.XI ppkt 13 wskazując na termin 60 dni od daty otrzymania faktury. Na rozprawie wyjaśnił, iż pozostawił wykonawcy określenie terminu zapłaty, który zostanie następnie wskazany w umowie. W przypadku, gdyby termin zadeklarowany przez wykonawcę był dłuższy niż 60 dni, zostanie on wskazany w umowie.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Zamawiający doprowadził do zgodności zapisów siwz, co do długości terminu zapłaty, który nie może być krótszy niż 60 dni. O braku spójności i jednoznaczności postanowień siwz nie świadczy pozostawiony do wypełnienia przez wykonawcę w formularzu oferty termin zapłaty. Formularz oferty stanowi dokument z zasady pozostawiony do przygotowania przez wykonawcę, jako jego oświadczenie woli, stanowiące podstawę do oceny oferty. Brak jest zatem logicznego uzasadnienia do twierdzenia, aby oświadczenie wykonawcy o deklarowanym terminu zapłaty, miało wpływ na spójność postanowień siwz., które po modyfikacji nie budzą wątpliwości.

- i) § 3 ust. 6 wzoru umowy – Zamawiający przewidział obowiązek stosowania w zakresie dystrybucji dotychczasowego systemu tacowego z gwarancją utrzymania najwyższej jakości i wymaganej temperatury potraw. Ponieważ Zamawiający nie określił dotychczasowego systemu tacowego, wykonawcy nie wiedzą jaki system należy przyjąć, a wiedzę tą posiada tylko dotychczasowy wykonawca.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 24 wskazał na system dystrybucji TEMP-RITE. Odwołujący na rozprawie podniósł, iż z informacji tej nie wynika jaki model systemu posiada Zamawiający, co uniemożliwia wykonawcy ceny wyposażenia systemu i w jakim zakresie wymaga on uzupełnienia. Zamawiający odwołał się do możliwości zapoznania się wykonawcy na miejscu ze stanem wyposażenia kuchni oraz odpowiedzi na pytanie nr 142 dotyczące stanu sprawności tac, z której wynika, iż część tac na bieżąco podlega kasacji, ulegają łamaniu i wyszczerbianiu, a na chwilę obecną ilość tac do przekazania jest wystarczająca w stosunku do ilości żywionych pacjentów.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie uznając, iż informacja dotycząca systemu tacowego została uzupełniona, co powodowało, iż uchylona została niejasność z zakresu opisu przedmiotu zamówienia.

3. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 Ustawy.

- a) Odwołujący zakwestionował opis wymaganych kwalifikacji technicznych (III.2.3 siwz), w którym Zamawiający przewidział, że *ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełniana podstawie dołączonych do ofert dokumentów potwierdzających doświadczenie zarządzania projektami informatycznymi.*

Zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz, którą Odwołujący ocenił, jako satysfakcjonującą. Na tej podstawie Izba oddaliła zarzut, przyjmując, iż kwestionowany zapis na skutek jego zmiany dokonanej przed rozpoznaniem odwołania, nie mógł już naruszać przepisów ustawy oraz nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania.

- b) Odwołujący zakwestionował, jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia opis

spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdzie Zamawiający wymaga doświadczenia w realizacji co najmniej 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia oraz ilości wykonywanych posiłków, tj. *posiłków o urozmaiconej diecie dla pacjentów placówek medycznych w żywieniu zbiorowym. Za odpowiednią ilość Zamawiający uznaje min. 150 posiłków dziennie.* Odwołujący wniósł o ustalenie jako minimalnego dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenia w wykonaniu *nie mniej niż 1 usługę odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia oraz ilości wykonywanych posiłków. Za odpowiedni rodzaj usługi Zamawiający uznaje wykonywanie posiłków o urozmaiconej diecie dla pacjentów placówek medycznych w żywieniu zbiorowym. Za odpowiednią ilość Zamawiający uznaje min. 300 osobodni dziennie.*

Zamawiający na rozprawie zaprzeczył prawidłowości odnoszenia się do ilości pacjentów, jako elementu decydującego o proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia, przeciwko czemu przemawia fakt, iż nie każdy pacjent otrzymuje posiłek (np. pacjenci dializowani, pacjenci na oddziale OIOM, przed i po operacji). Właściwym jest wskazanie ilości osobodni, jak uczynił to Zamawiający wskazując na ilość posiłków (150 dziennie – tj. 50 osobodni). Zamawiający podkreślał leżącą po jego stronie kompetencję do ustalenia minimalnych wymagań, jakie winni spełniać wykonawcy, aby móc być w stanie sprostać oczekiwaniom Zamawiającego.

Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie. Zasadniczo Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i wskazywanej przez niego kompetencji do określenia minimalnych wymagań, koniecznych dla stwierdzenia, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie na warunkach ustalonych przez Zamawiającego. Odwołujący faktycznie dążył do tego, aby zaostrzyć warunek poprzez zwiększenie ilości posiłków ze 150 dziennie, do 300 osobodni, co faktycznie sprowadzałoby warunek do poziomu przedmiotowego zamówienia, w którym ilość posiłków określona została na poziomie 320 osobodni. W ocenie Izby, dążenie Odwołującego do zaostżenia warunku mogłoby ograniczać w sposób nadmierny dostęp do zamówienia innym podmiotom, które dotychczas nie realizowały zamówień o prawie identycznej z przedmiotowym zamówieniem, skali. Zachowanie proporcji w ustaleniu wymagań minimalnych nie może być sprowadzone do poziomu przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył przepisów Ustawy przy opisie warunku udziału w postępowaniu w ogłoszeniu (sekcja III.2.3) oraz siwz (pkt IV ppkt 1).

- c) Zarzut naruszenia art. 5, art. 353¹ art. 484 § 2 K.c. w zw. z art. 14, art. 139, art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Odwołujący zakwestionował postanowienia dotyczące kary umownej wskazane w § 14 lit b, c i d załącznika nr 1 do siwz stanowiącego *wzór umowy*.

Odnosnie podstawy do naliczenia kary umownej wskazanej w lit. b *nie zastosowanie się w wyznaczonym terminie do zaleceń właściwych organów i instytucji*, Odwołujący podniósł, iż zapis ten stwarza Zamawiającemu zbyt dużą swobodę w wyznaczeniu terminu niewłaściwego. Brak określonego terminu umożliwia jego wyznaczenie w taki sposób, iż wykonawca nie będzie w stanie zastosować się do zaleceń właściwych organów i instytucji. Odwołujący wniósł o zmianę zapisów wzoru umowy (§ 14 lit. b) przez wskazanie 7 dniowego terminu na wykonanie zaleceń właściwych organów i instytucji przez wykonawcę. Na rozprawie Odwołujący skupił się na braku precyzji w określeniu właściwych organów i instytucji, których zaleceń dotyczyć ma przywołana klauzula umowna.

Izba oddaliła zarzut uznając, iż z przywołanej treści postanowienia umownego nie wynika, aby Zamawiający miał wskazać właściwy termin do wykonania zaleceń pokontrolnych. Doświadczenie życiowe uczy, iż to organ kontrolujący wskazuje w zaleceniach termin do którego należy je wykonać. Odnosnie nowej argumentacji podnoszonej na rozprawie, dotyczącej wskazania rodzaju organów i instytucji Izba uznała, iż brak szczegółowych danych o tych organach nie ma istotnego znaczenia, gdyż decydującym o naliczeniu kary umownej nie jest wskazanie jakiego rodzaju miałyby być to zalecenia, ale fakt ich nie wykonania w terminie właściwym.

Odnosnie podstawy do naliczenia kar umownych wskazanej w lit. c i d Odwołujący zarzucił, iż są one nieokreślone, wygórowane i nieadekwatne do ewentualnej szkody, którą Zamawiający mógłby ponieść w wyniku niewłaściwej realizacji zamówienia. Jednorazowe stwierdzenie uchybienia uprawnia Zamawiającego do obciążenia karą umowną stanowiącą 10% lub 15 % miesięcznej wartości usługi brutto, a ponadto mogą być one nakładane oddzielenie za uchybienie każdego rodzaju. Zamawiający nie przewidział możliwości usunięcia uchybień czy wad, jako okoliczności wyłączającej naliczenie kary. Ponadto lit. d, ppkt 15 przewidziana została kara za *inne uchybienia wynikające z dokumentacji żywieniowej*, nie precyzując tych uchybień. Kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego pozwolą mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia przez wykonawcę, prowadząc do wzbogacenia Zamawiającego i zachwiania ekwiwalentności świadczeń w umowie o charakterze wzajemnym. Wygórowany charakter kar umownych jest związany również z niedookreślonymi warunkami realizacji usługi. Zamawiający nie dookreślił czym jest potrawa przypalona, przesolona, zbyt mocna przyprawiona o smaku niecharakterystycznym czy obcym, 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. Zamawiający nie określił na czym polega niedogotowanie czy niedosmażenie potrawy. Pojęcia użyte przez Zamawiającego odwołują się do sfery subiektywnych odczuć osoby spożywającej potrawę. Brak obiektywnych kryteriów stwierdzenia uchybienia prowadzi do wniosku, iż kary umowne nie zostały w umowie zastrzeżone. W przypadku uchybień, o których mowa w lit. c, wykonawca powinien mieć możliwość usunięcia uchybień w terminie 30 minut na wezwanie Zamawiającego. Dopiero niezastosowanie się do wezwania, a więc utrzymywanie się stanu braku higieny, powinien skutkować możliwością nałożenia kary umownej. Jednorazowe stwierdzenie uchybienia nie powinno prowadzić do nałożenia kary umownej, ponieważ w przypadku usługi przygotowania i dystrybucji posiłków nie jest możliwe utrzymanie należytego stanu higieny w sposób nieprzerwany, co wynika z charakteru usługi. Podobnie, w przypadkach opisanych w lit. d, nie powinno mieć miejsca naliczanie kary oddzielnie za każdą z wad osobno, która może wystąpić w jednym posiłku. Może to doprowadzić do pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia za cały miesiąc świadczenia usługi. W ocenie Odwołującego kary umowne powinny być zastrzeżone jedynie w przypadku dwukrotnego stwierdzenia w danym miesiącu wady tego samego rodzaju.

Odwołujący wnosil o zmianę wysokości kary umownej za uchybienia przewidziane w § 14 lit. c wzoru umowy do poziomu *1,5% miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy brutto (w danym miesiącu stwierdzenia uchybienia), za uchybienia oddzielnie każdego rodzaju stwierdzone w wyniku przeprowadzonej kontroli przez Zamawiającego w obecności przedstawiciela Wykonawcy i nieusunięte w terminie 30 minut od chwili ich stwierdzenia, a za wady wskazane w § 14 lit. do poziomu 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 i nieusunięte w terminie 30 minut od chwili ich stwierdzenia.*

Izba uwzględniła w tym zakresie odwołanie. W ocenie Izby, ustalona wysokość kary umownej za naruszenia opisane w lit. c i d uzależniona od wartości brutto umowy w danym miesiącu stwierdzenia naruszeń nie uwzględnia charakteru przedmiotowej usługi oraz może wypaczać cel kary umownej, jakim ma być naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego. Zamawiający jedynie wskazywał na potrzebę zdyscyplinowania wykonawcy do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia i w żaden sposób nie odniósł się do okoliczności wskazywanych przez Odwołującego, a dotyczących w szczególności dużej swobody w stwierdzeniu przez Zamawiającego wystąpienia części wad (oceniane na poziomie sensorycznym), jak również możliwość naliczenia kary umownej za każdą z wad stwierdzoną w jednym posiłku (nie rozumianym jako jedna porcja dla pacjenta, ale dania

wydawanego pacjentom). Jednocześnie Izba miała na uwadze, iż cena brutto wynagrodzenia miesięcznego ustalana jest na podstawie ceny ryczałtowej osobodnia, których ilość oszacowana została przez Zamawiającego na poziomie 320 osobodni/półrocze. Oznacza to, iż średnia ilość osobodni w miesiącu wyniesie niecałe 50, stąd ustalenie wysokości kary umownej na poziomie 10% (czyli średnio ok. 5 osobodni) znacząco przekraczać mogłaby szkody, jakie powstałyby po stronie Zamawiającego w związku z pojedynczą wadą.

Uwzględniając odwołanie Izba nakazała zmianę wysokości kar umownych za uchybienia i wady do poziomu, o jaki wnosił Odwołujący, przy braku ze strony Zamawiającego argumentacji przesądzającej o zasadności utrzymania obecnego poziomu kar umownych. Jednocześnie Izba nie nakazała modyfikacji postanowień § 14 lit. c i d wzoru umowy poprzez wskazanie terminu na usunięcie stwierdzonych w toku kontroli naruszeń, uznając, iż nie jest rolą Zamawiającego kontrolowanie sposobu wykonania umowy i wskazywanie na bieżąco wykonawcy dostrzeżonych uchybień. Wskazanie przez Odwołującego na potrzebę uprzedniego wezwania do usunięcia naruszeń przez wykonawcę, zwalniałoby wykonawcę z potrzeby czuwania nad prawidłową realizacją umowy i przestrzegania zasad określonych przez Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust.1 Ustawy uwzględniła odwołanie w części zarzutów, nakazując w tym zakresie modyfikację odpowiednich postanowień siwz.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: