

**WYROK**  
**z dnia 8 lutego 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Catermed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szpital Dziecięcy Polanki im. Macieja Płażyńskiego w Gdańsku Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kwotę 181 zł 00 gr (sto osiemdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 798 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Szpital Dziecięcy Polanki im. Macieja Płażyńskiego w Gdańsku Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne - usługi w zakresie żywienia pacjentów szpitala, w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00025824/01.

I. W dniu 24 stycznia 2022 r. wykonawca Catermed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu treści projektowanych postanowień umowy, Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) oraz Opisu Przedmiot Zamówienia („OPZ”) stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 436 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) [dalej jako „ustawa Pzp”] w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kodeksu cywilnego (dalej jako „KC”) w zw. z art. 483 § 1 KC w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 KC oraz art. 5 KC poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę;
2. art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC przez określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 60%, co jest wartością rażąco zaniżoną, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia oraz wobec nieokreślenia jakichkolwiek warunków zmiany umowy;
3. art. 281 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez określenie w pkt 16 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ zastrzeżenia sobie możliwości prawa do żądania zmiany jadłospisu bez podania przyczyny z dnia na dzień, co powoduje uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, a także możliwość jednostronnej zmiany przedmiotu zamówienia w trakcie trwania umowy;

4. art. 246 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 266 ustawy Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, do czego zamawiający nie był uprawniony wobec nieokreślenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.
5. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z rozdziałem 6a § 12a Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 30 marca 2020 roku (Dz.U.2021.2398) w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii poprzez określenie w § 7 załącznika nr 4 do SWZ - wzorze umowy zobowiązania wykonawcy do złożenia oświadczenia w terminie 7 dni od zawarcia umowy o posiadaniu unijnego cyfrowego zaświadczenia w rozumieniu art. 2 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953 z dnia 14 czerwca 2021 r. w sprawie ram wydawania, weryfikowania i uznawania interoperacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19 (unijne cyfrowe zaświadczenie COVID) przez wszystkie osoby skierowane przez niego do realizacji jakichkolwiek obowiązków wynikających z umowy u zamawiającego, bądź wykazania okoliczności uzasadniających odstąpienie od obowiązku posiadania takiego zaświadczenia przez daną osobę ze wskazaniem terminu 7 dni od dnia przedstawienia przez zamawiającego żądania w formie wiadomości e-mail oraz wskazaniem, że niewykonanie przez wykonawcę powyższych obowiązków uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy w terminie 30 dni, czym naruszył zasadę swobody umów oraz rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2021 roku zmieniającego rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. 2021 poz. 2398), co w efekcie świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy niezgodnych z obowiązującym prawem.
6. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 483 § 1 KC poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy poprzez umieszczenie w pkt 33 lit. b) załącznika nr 2 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia, postanowienia polegającego na możliwości naliczenia wykonawcy punktów karnych pomimo wykonania przez niego zobowiązania w sposób prawidłowy.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących modyfikacji:

- w zakresie zarzutu nr 1: zmianę treści § 4 ust. 5 Załącznika nr 4 do SWZ – wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego na: „5. Łączna wysokość zastrzeżonych kar umownych nie przekroczy 20% wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 2 ust. 2.”;

- w zakresie zarzutu nr 2: w Rozdziale III pkt 4 SWZ zmianę wartości „50%” na „80%” oraz „40%” na „20%” oraz określenie precyzyjnych warunków zmiany umowy;

- w zakresie zarzutu nr 3: wykreślenie treści pkt 16 załącznika nr 2 do SWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia, ewentualnie zmianę na: "Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania zmiany jadłospisu bez podania przyczyny z minimum 14-dniowym wyprzedzeniem”;

- w zakresie zarzutu nr 4: zmianę z : "Kryteria cena – waga 100%" na:

"1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający kierował się będzie następującymi kryteriami i ich wagami:

Cena (C) - 60%

Zaświadczenia o uzyskaniu licencji gotowego posiłku (L) -40%

Oferty będą oceniane według ww. kryteriów, w następujący sposób:

Oferty będą oceniane w odniesieniu do najkorzystniejszych danych przedstawionych przez Wykonawców odpowiednio w zakresie kryterium, w następujący sposób:

1) Kryterium cena – 60%: Oferta z najniższą ceną brutto otrzyma maksymalną ilość punktów, a pozostałym ofertom zostanie przypisana odpowiednio mniejsza liczba punktów, zgodnie ze wzorem:

Oferta o najniższej cenie brutto

$$C = \left( \frac{\text{Cena brutto oferty badanej}}{\text{Cena brutto oferty o najniższej cenie brutto}} \times 100 \text{ pkt} \right) \times \text{waga kryterium tj. } 60 \%$$

Cena brutto oferty badanej

gdzie: C - wartość punktowa badanej oferty

2) Kryterium (L) posiadanie licencji gotowego posiłku – 40%

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

Punkty zostaną przyznane według posiadanej liczby zaświadczeń wg. zasady:

8 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 40 pkt

6 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 20 pkt

3 zaświadczenia dotyczące różnych diet - 10 pkt

mniej niż 3 zaświadczenia - 0 pkt

Ocena na podstawie dołączonych do oferty zaświadczeń wydanych przez akredytowane laboratorium żywnościowe.

Licencja gotowego posiłku jest potwierdzeniem jakości całodziennego zestawu żywieniowego.

W ramach danej diety szpitalnej (w próbce z całego zestawu żywieniowego) stwierdza się zgodność badanych parametrów z wartościami deklarowanymi w przygotowanym jadłospisie.

Wartości odżywcze i energetyczne badane są zgodnie z określonymi normami, metodami oraz rozporządzeniami m.in. wartość energetyczna zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 roku, węglowodany zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 roku, białka zgodnie z PB-116 wyd. III z dn. 11.08.2020, tłuszcze zgodnie z normą PN-A82100:1985.

Na podstawie badanych parametrów akredytowane laboratorium stwierdza, czy dana firma przeszła pomyślnie proces weryfikacji jakości posiłków, czyli czy badany zestaw żywieniowy potwierdza, że został przygotowany zgodnie z deklarowaną recepturą i wartościami odżywczymi i energetycznymi.";

- w zakresie zarzutu nr 5: wykreślenie § 7 ust. 1-3 załącznika nr 4 do SWZ - wzoru umowy;

- w zakresie zarzutu nr 6: zmianę treści pkt 33 lit b) załącznika nr 2 do SWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia na: "b) zbyt mała ilość porcji - 1 pkt,".

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

#### Zarzut nr 1:

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 4 do SWZ – wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający zawarł postanowienie § 4 ust. 5 w brzmieniu następującym:

*5. „Łączna wysokość zastrzeżonych kar umownych nie przekroczy 40% wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 2 ust. 2.”*

Zdaniem odwołującego łączna wysokość kar umownych w wysokości 40% wartości wynagrodzenia jest rażąco wygórowana. Tak zastrzeżona kara umowna prowadzić będzie do pozbawienia wykonawcy należnego wynagrodzenia za wykonaną usługę, co narusza zasadę odpłatności zamówień publicznych. Postanowienie umowne jest niezależne od tego, czy zamówienie w danym miesiącu zostanie wykonane w znacznej części prawidłowo.

#### Zarzut nr 2:

Odwołujący wskazał, że w Rozdziale III pkt 4 SWZ zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w wysokości 60% wartości umowy. Pozostałe 40% całkowitej ceny zawartej w ofercie wybranego wykonawcy zamawiający wykorzysta w razie zaistnienia takiej potrzeby. W ocenie odwołującego przepis art. 433 pkt 4 Pzp nie daje zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy. Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez zamawiającego w postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 60 % wartości umowy i ograniczenie w ten sposób roszczeń wykonawcy wobec zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać doświadczenie, którym będzie mógł się wykazać przy ubieganiu się o kolejne zamówienie. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Jeżeli po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości – w rezerwie – określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mogłyby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości. Zdaniem odwołującego, wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, jedynie z zastrzeżeniem, że zobowiązuje się do wykorzystania 40% ceny w razie zaistnienia takiej potrzeby, określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 60%, stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu przez zamawiającego przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego.

#### Zarzut nr 3:

Odwołujący wskazał, że w pkt 16 załącznika nr 2 do SWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia zamawiający zastrzegł sobie prawo do żądania zmiany jadłospisu bez podania przyczyny.

W ocenie odwołującego takie zastrzeżenie powoduje uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, a także możliwość jednostronnej zmiany przedmiotu zamówienia w każdym czasie.

Powyższe uprawnienie zamawiającego może w konsekwencji prowadzić do powstania znacznych kosztów po stronie wykonawcy w sytuacji, gdyby zamawiający nadużywał tego uprawnienia np. po ustaleniu jadłospisu i przeliczeniu kosztów jego sporządzenia zamawiający żądałby znaczących zmian w jego treści.

#### Zarzut nr 4:

Odwołujący wskazał, że zamawiający w Rozdziale XV SWZ jako kryterium oceny ofert ustanowił cenę (waga 100 %).

Zdaniem odwołującego zamawiający był zobowiązany do zastosowania pozacenowego kryterium o wadze co najmniej 40%. Odwołujący stwierdził, że zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, tj. samorządową osobą prawną utworzoną na podstawie ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jednolity: Dz.U. z 2020 r. poz. 920) w celu realizacji określonego w art. 4 pkt 2) ww. ustawy zadania publicznego polegającego na zapewnieniu ochrony zdrowia mieszkańcom Powiatu Ostródzkiego. Zamawiający w celu realizacji celu publicznego dysponuje środkami publicznymi. Gospodarne działanie wymaga, aby wybierać oferty najkorzystniejsze. Ofertą najkorzystniejszą nie jest oferta zawierająca najniższą cenę, ale taka, która zawiera najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. Wobec powyższego konieczne było określenie przez zamawiającego kryterium jakościowego. Tym samym zamawiający nie był uprawniony – stosownie do art. 246 pkt 1 ustawy Pzp – do określenia kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający nie wskazał norm jakościowych dla produktów spożywczych, z których mają być sporządzane posiłki.

#### Zarzut nr 5:

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 4 do SWZ – wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający przewidział postanowienie § 7 w brzmieniu następującym:

1. Wykonawca jest zobowiązany do złożenia oświadczenia w terminie 7 dni od zawarcia umowy o posiadaniu unijnego cyfrowego zaświadczenia w rozumieniu art. 2 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953 z dnia 14 czerwca 2021 r. w sprawie ram wydawania, weryfikowania i uznawania interoperacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19 (unijne cyfrowe zaświadczenie COVID) przez wszystkie osoby skierowane przez niego do realizacji jakichkolwiek obowiązków wynikających z umowy u Zamawiającego, bądź



wykazania okoliczności uzasadniających odstąpienie od obowiązku posiadania takiego zaświadczenia przez daną osobę.

2. Wykonawca złoży oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, również w terminie 7 dni od dnia przedstawienia przez Zamawiającego żądania w formie wiadomości e-mail.
3. Niewykonanie przez Wykonawcę obowiązków wskazanych w ust. 1 i 2 uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w terminie 30 dni od upływu terminu na ich wykonanie."

Odwołujący powołał się na regulację zawartą w Rozdziale 6a § 12a Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 roku w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U.2021.2398).

Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie przez zamawiającego obowiązku legitymowania się przez wszystkich pracowników dopuszczonych do wykonywania przez wykonawcę usług skierowanych przez niego do realizacji jakiegokolwiek obowiązków wynikających z umowy u zamawiającego jest nadmierne, a także znacznie wykracza poza dyspozycję ww. rozporządzenia. Obowiązek zastrzeżony przez zamawiającego dotyczy wszystkich kategorii osób, które będą pracować przy wykonaniu ww. usług a więc: kucharzy, kierowców, kierowników, pomocy kuchennej etc., którzy nie będą wykonywać swoich czynności w podmiotach wykonujących działalność leczniczą.

#### Zarzut nr 6:

Odwołujący wskazał, że w pkt 33 lit b) załącznika nr 2 do SWZ - Opisu Przedmiotu Zamówienia zamawiający zastrzegł, że: "Na podstawie wypełnionej Karty kontroli dostaw posiłków zamawiający będzie mógł naliczać wykonawcy punkty karne za odstępstwa od wymagań zamawiającego w następującej wysokości: (...) b) zbyt mała ilość porcji – 1 pkt (pomimo obowiązku dowiezienia brakujących porcji),"

W ocenie odwołującego takie zastrzeżenie naliczenia punktów karnych za zbyt małą ilość porcji (pomimo obowiązku dowiezienia brakujących porcji), będzie prowadzić do karania wykonawcy nawet w przypadku wykonania zobowiązania tj. dowiezienia brakujących porcji. Odwołujący powołał się na przepis art. 483 § 1 KC i stwierdził, że niewątpliwie w sytuacji dowiezienia przez ewentualnego wykonawcę brakujących porcji nie będzie tutaj do czynienia z sytuacją nienależytego wykonania zobowiązania, a tym bardziej niewykonania zobowiązania.

II. Pismem wniesionym w dniu 4 lutego 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Dodatkowe stanowisko w sprawie zamawiający przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 7 lutego 2022 r.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zarzut nr 1:

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu, gdyż jego zasadność nie została przez odwołującego w żaden sposób wykazana.

Odwołujący nie wykazał, że łączna wysokość kar umownych w wysokości 40% wartości wynagrodzenia jest rażąco wygórowana.

Za niezrozumiałą należy uznać argumentację, że zastrzeżona kara umowna prowadzić będzie do pozbawienia wykonawcy należnego wynagrodzenia za wykonaną usługę, skoro istota kary umowny sprowadza się do konieczności zapłaty przez wykonawcę określonej sumy jako naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (art. 483 § 1 KC).

Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił, na czym w jego ocenie polega naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 483 § 1 KC w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 KC oraz art. 5 KC.

Zarzut nr 2:

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu, gdyż jego zasadność nie została przez odwołującego w żaden sposób wykazana.

Z przepisu art. 433 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający jest uprawniony do ograniczenia zakresu zamówienia, pod warunkiem wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zamawiający zastosował się do ww. przepisu. Natomiast odwołujący uzasadniając ww. zarzut ograniczył się do przedstawienia wysoce ogólnych twierdzeń, z których nic konkretnego dla niniejszej sprawy nie wynika. Z pewnością nie wynika z nich, że określenie przez zamawiającego minimalnego progu wykonania umowy na poziomie 60% wartości umowy narusza przywołane przez odwołującego przepisy. Gdyby ustawodawca uznał, że konieczne jest ustalenie minimalnego zakresu wykonania umowy dla wszystkich zamówień udzielanych

w trybie ustawy Pzp, to odpowiednie regulacje zostałyby w tejże ustawie zawarte. W związku z tym, że kwestia ta nie została uregulowana, wykonawca zarzucający zamawiającemu ustalenie minimalnego zakresu świadczenia stron na zbyt niskim poziomie obowiązany jest przedstawić argumentację i dowody odnoszące się do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie odwołujący tego nie uczynił.

#### Zarzut nr 3:

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający poinformował, że w dniu 26 stycznia 2022 r. dokonał zmiany SWZ, w ramach której dokonał m.in. zmiany Załącznika nr 2 do SWZ — OPZ poprzez zmianę pkt 16, któremu nadał brzmienie „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania zmiany jadłospisu bez podania przyczyny, przy czym żądanie zmiany musi być przez Zamawiającego zgłoszone Wykonawcy z 5-cio dniowym wyprzedzeniem.”

Podtrzymany przez odwołującego zarzut został przez Izbę rozpoznany wobec tego, że dokonana przez zamawiającego zmiana SWZ nie skutkowałą całkowitym wygaśnięciem sporu pomiędzy stronami.

Izba uznała, że zarzut nie podlega uwzględnieniu, gdyż jego zasadność nie została przez odwołującego w żaden sposób wykazana. Uzasadniając ww. zarzut ograniczył się do przedstawienia kilku ogólnych twierdzeń, z których nic konkretnego dla niniejszej sprawy nie wynika. Tymczasem jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, przewidzenie ww. uprawnienia zamawiającego wynika z jego uzasadnionej potrzeby. Jak bowiem wyjaśnił zamawiający: „mimo zaprojektowanego przez dietetyka szpitalnego jadłospisu, wśród pacjentów zdarzają się alergie, które wymagają podjęcia niezbędnych działań i usunięcia alergenów lub potencjalnych alergenów z dostarczanych posiłków”.

#### Zarzut nr 4:

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 246 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Natomiast zgodnie z przepisem art. 246 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Jak natomiast wynika z wyjaśnień przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie zalicza się do zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy Pzp – jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, której jedynym współnikiem posiadającym

wszystkie udziały jest Województwo Pomorskie. Odwołujący nie przedstawił przeciwnej argumentacji.

#### Zarzut nr 5:

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby dopuszczalne jest ustanowienie wymagań skutkujących ograniczeniem konkurencji w postępowaniu, o ile jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego. W ocenie składu orzekającego Izby taka sytuacja wystąpiła w odniesieniu do zaskarżonego postanowienia projektu umowy. Jak bowiem wynika ze stale rozpowszechnianej wiedzy naukowej szczepienia przeciwko COVID -19 są najskuteczniejszym sposobem ochrony przed tą chorobą. Na jej ciężki przebieg narażone są między innymi osoby cierpiące także na inne schorzenia, o obniżonej odporności. Mając zatem na uwadze, że zamawiający jest szpitalem, przewidzenie wymogu zawartego § 7 projektu umowy Izba uznała za uzasadnione jego potrzebami. Jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „nie budzi wątpliwości, że istnieje ogromne ryzyko, że niezaszczepione osoby, które przygotowują, pakują, przewożą i dostarczają posiłki, a więc ich bezpośrednio dotykają, mogą zarazić pacjentów, dla których przeznaczone są posiłki, albowiem wirus SARS-CoV-2 przenosi się drogą kropelkową. Nadmienić przy tym należy, że posiłki w ramach przedmiotowego zamówienia mają być dostarczane m. in. pacjentom szpitala, a więc dzieciom o obniżonej odporności, które są szczególnie narażone na zakażenie.” Ponadto jak wskazano w załączonej do odpowiedzi na odwołanie opinii lekarskiej z dnia 31 stycznia 2022 r.: „Pacjenci Szpitala Dziecięcego im. M. Płażyńskiego w Gdańsku to przede wszystkim chorzy z ostrymi infekcjami, bardzo często wirusowymi, i w związku z tym są w stanie obniżonej odporności i bardzo łatwo mogą w kontakcie z czynnikiem zakaźnym ulec kolejnemu zakażeniu, co stanowi zagrożenie dla ich życia. (...) Udowodniono, że wirus Sars Cov-2 może na powierzchni zachować swoją zakaźność co najmniej kilkanaście godzin, a więc pracownik przygotowujący posiłek i zakażony tym wirusem stanowi realne zagrożenie dla pacjentów naszego Szpitala.” Na zakończenie Izba wskazuje, że życie i zdrowie ludzkie to wartości najwyższe, nie dające się porównać z ekonomicznymi interesami wykonawców.

#### Zarzut nr 6:

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że dostarczenie zbyt małej ilości porcji na umówioną godzinę nie stanowi nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Wykonawca realizujący zamówienie obowiązany jest nie tylko dostarczyć posiłki zamawiającemu, ale również spełnić to świadczenie w określonym czasie. Niewątpliwie w przypadku osób chorych, w tym w szczególności dzieci, podawanie posiłków o ustalonych

porach ma istotne znaczenie. Należy przypomnieć, że celem kary umownej jest między innymi zdyscyplinowanie wykonawcy do należytego wykonania zobowiązania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów w nim podniesionych (art. 555 ustawy Pzp).

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....