



CENTRUM ONKOLOGII
IM. PROF. FRANCISZKA ŁUKASZCZYKA
85-796 BYDGOSZCZ, UL. DR I. ROMANOWSKIEJ 2

tel. (52) 37 43 000; fax. (52) 37 43 301
e-mail: co@co.bydgoszcz.pl

konto: PKO Bank Polski
87 1440 1215 0000 0000 0615 4387

REGON 001255363
NIP 554-22-17-419

Bydgoszcz, dnia: 2022-06-07

CO/DZK/ /3601 – 680/W/2022



ZAWIADOMIENIE
o wniesieniu odwołania

Szanowni Państwo,

W związku z wniesieniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06.06.2022 roku odwołania, dotyczącego postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w trybie **przetargu nieograniczonego**, na:

Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywnieniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy – nr sprawy 680/P/2022.

Zgodnie z art. 524 ustawy w załączeniu przekazuję kopię odwołania jednocześnie wzywając Państwa do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Prosimy o zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania według zasad określonych w art. 525 ust. 1 ustawy.

p.o. DYREKTORA
CENTRUM ONKOLOGII
w Bydgoszczy
[Podpis]
prof. dr hab. n. med. Janusz Kowalewski



Województwo
Kujawsko-Pomorskie

Łódź, dnia 6 czerwca 2022 roku

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

Zamawiający: Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy
z siedzibą w Bydgoszczy
ul. I. Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz
KRS: 0000002329
tel. +48 523743208
faks. + 48 523743301
e-mail: zamowienia@co.bydgoszcz.pl
www.co.bydgoszcz.pl

Odwołujący: CATERMED spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź
KRS: 0000914373
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Klaudia Bartczyk
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywnieniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2022 roku pod numerem: 2022/S 102-284799, numer referencyjny: 680/P/2022.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 roku, poz. 1129 j.t. - zwanej dalej „P.z.p.”):

- I. **wnoszę odwołanie** na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.:
 1. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert;
 2. projektowane postanowienia umowy;
- II. **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:
 1. **art. 240 ust. 2 P.z.p. w zw. z art. 242 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 1 P.z.p. w zw. art. 16 pkt 1 P.z.p.** poprzez określenie kryterium jakości o wartości 20% w postaci „Koszt surowca w stawce osobodnia”, podczas gdy:
 - a. kryterium „Koszt surowca w stawce osobodnia” nie odnosi się do jakości usługi, a więc nie może być uznane za kryterium jakościowe;
 - b. Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców, a więc tak określone kryterium stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert;
 - c. tak określone kryterium nie zapewnia równego traktowania wykonawców, bowiem preferuje wykonawców nabywających produkty przetworzone (droższe) w stosunku

- do wykonawców, którzy nabywają produkty nieprzetworzone (tańsze), którzy ponoszą większe koszty pracy swoich pracowników;
2. **art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1 i 4 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ K.c.** poprzez określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób świadczący o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy oraz w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wartości zamówienia, bowiem określona została zaniżona maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją usług;
 3. **art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c.** poprzez ograniczenie możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy z powodu zmiany przepisów wpływających na koszty realizacji zamówienia, do 3% wynagrodzenia wskazanego w ofercie, które to ograniczenie jest nieważne jako niezgodne z art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp;
 4. **art. 433 pkt 4 Pzp** poprzez zawarcie w projekcie umowy klauzuli niedopuszczalnej, tj. Przewidującej możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

III. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odnośnie zarzutu nr 1 – zmiany:
 - a. ogłoszenia o zamówieniu – w zakresie pkt II.5 poprzez usunięcie kryterium „Koszt surowca w stawce osobodnia” i zastąpienie go kryterium „Jakości całodziennego zestawu żywieniowego” o wadze: 20
 - b. Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie rozdziału 17 pkt 3 lit. b) poprzez wykreślenie kryterium „Koszt surowca w stawce osobodnia”, zastąpienie go kryterium „Jakości całodziennego zestawu żywieniowego” i określenie zasad przyznania punktów w tym kryterium: „Liczba punktów w kryterium „Jakości całodziennego zestawu żywieniowego” będzie przyznawana w ten sposób:

Za sporządzony przez wykonawcę jadłospis dekadowy dla diety podstawowej w oddziale (wraz z gramaturą potraw oraz zawartością tłuszczu, węglowodanów, białka, błonnika oraz wartością energetyczną) udokumentowany zaświadczeniem wydanym nie wcześniej niż w 2021 roku przez akredytowane laboratorium żywnościowe, potwierdzające jakość całodziennego zestawu żywieniowego w ramach diety podstawowej - 10 punktów;
Brak jadłospisu wraz z zaświadczeniem – 0 punktów”
 - c. Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie rozdziału 7.2 poprzez dodanie po lit. c) litery d) w brzmieniu:

„d) Jadłospis 10-dniowy dla diety podstawowej w oddziale wraz z zaświadczeniem dotyczącym danej diety wydanym nie wcześniej niż w 2021 roku przez akredytowane laboratorium żywnościowe. potwierdzające jakość całodziennego zestawu żywieniowego”

2. odnośnie zarzutu nr 2 - zmiany treści załącznika nr 14 do Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez zmianę w § 13 ust. 5 pkt 3 i zastąpienie wartości „3%” wartością „30%”;
3. odnośnie zarzutu nr 3 - zmiany treści załącznika nr 14 do Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez zmianę w § 13 ust. 5 pkt 3 i zastąpienie wyrażenia „ust. 3” wyrażeniem „ust. 4”;
4. odnośnie zarzutu nr 4 – zmiany treści załącznika nr 14 do Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez zmianę w § 5 ust. 1 poprzez wykreślenie zdania „Wykonawcy nie przysługują jakiegokolwiek roszczenia w sytuacji, gdy ilość ta będzie większa lub mniejsza w zależności od aktualnej liczby hospitalizowanych pacjentów przez

Zamawiającego, jak również ilości pracowników uprawnionych do otrzymywania posiłków profilaktycznych.”

i zastąpienie go zdaniem w brzmieniu:

„Zamawiający jest uprawniony do zmiany miesięcznej liczby zlecanych posiłków o nie więcej niż 20%. W przypadku, gdy miesięczna liczba zlecanych posiłków będzie mniejsza niż 80%, Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie obliczone według stawki całodziennego (osobodnia) wyżywienia pacjentów powiększonej o 10%.”

IV. oświadczam, że Odwołujący posiadają interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy P.z.p.

Uzasadnienie

W dniu 27 maja 2022 roku Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy”.

Zamówienie ma być udzielone na 36 miesięcy.

Uzasadnienie zarzutu 1

Zamawiający wskazał w punkcie II.2.5 ogłoszenia o zamówieniu, że kryteriami oceny ofert są:

„Kryterium jakości – Nazwa: Posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005 / Waga: 20
Kryterium jakości – Nazwa: Koszt surowca w stawce osobodnia brutto / Waga: 20
Cena – Waga: 60”

Ponadto w Rozdziale 17 SWZ Zamawiający opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty oraz podał znaczenie tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert:

„17.Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert

• cena	60%
• posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005	20%
• koszt surowca w stawce osobodnia brutto	20%

Najkorzystniejszą ofertą będzie ta, która zdobędzie największą liczbę punktów obliczonych wg wzoru:

$$P = (P_{\text{cena}} \times 0,60) + (P_{\text{iso}} \times 0,20) + (P_{\text{s}} \times 0,20)$$

gdzie:

$$P_{\text{cena}} = \frac{\text{najniższa oferowana cena}}{\text{cena porównywanej oferty}} \times 10$$

$$P_{iso} = \frac{\text{ilość pkt. przyznana za „posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005”}}{\text{największa przyznana ilość pkt. za „posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005”}} \times 10$$

Zasady przyznawania punktów za posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005 (P_{iso}):

Nie posiada – **0 pkt.**

Posiada – **10 pkt.**

$$P_s = \frac{\text{ilość pkt. przyznana za „koszt surowca w stawce osobodnia brutto”}}{\text{największa przyznana ilość pkt. za „koszt surowca w stawce osobodnia brutto”}} \times 10$$

Zasady przyznawania punktów w kryterium „Koszt surowca w stawce osobodnia”:

- koszt surowca w stawce osobodnia 19,00 zł brutto – **0 pkt.**
- koszt surowca w stawce osobodnia od 19,01-19,50 zł brutto włącznie – **2pkt.**
- koszt surowca w stawce osobodnia od 19,51-20,00 zł brutto włącznie – **5 pkt.**
- koszt surowca w stawce osobodnia powyżej 20,00 zł brutto – **10 pkt.**

1. Najkorzystniejsza oferta może zdobyć max. 10Pkt.
2. Uzyskane oceny zostaną zaokrąglone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
3. Jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający wybiera spośród tych ofert ofertę, która otrzymała najwyższą ocenę w kryterium o najwyższej wadze.”

Opisane powyżej kryterium „Koszt surowca w stawce osobodnia” nie jest kryterium jakościowym, bowiem nie odnosi się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak uwzględnianie potrzeb użytkowników.

Nie jest dopuszczalne określenie kryterium oceny ofert polegającego na punktowaniu ofert zawierających wyższy koszt nabycia produktów niezbędnych do sporządzenia posiłków.

Nie ma żadnego wpływu na jakość świadczonej usługi (sporządzonych posiłków) fakt, że jeden wykonawca kupuje produkty rolno-spożywcze drożej od innego wykonawcy. Cena produktów rolno-spożywczych nie musi i faktycznie często nie wiąże się z ich jakością. Ponadto tak określone kryterium preferuje wykonawców nabywających gotowe (przetworzone) produkty zamiast produktów nieprzetworzonych. Fakt nabycia ziemniaków obranych (droższych) od ziemniaków nieobrzanych (które zostaną obrane przez pracowników wykonawcy) nie ma żadnego odniesienia do jakości przyrządzonych posiłków. Zatem takie kryterium nie powinno być dopuszczone, jako nieodnoszące się do jakości usługi.

Ponadto opisany wyżej sposób oceny ofert w zakresie kryterium „Koszt surowca w stawce osobodnia ” nie przewiduje żadnych środków weryfikacji deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie w tym przedmiocie. Jak wynika z SWZ, Zamawiający zamierza dokonać oceny wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy złożone w Formularzu oferty.

W doktrynie słuszne podkreśla się, że wykonawcy powinni mieć pełną świadomość, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tylko bowiem wówczas będą mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Z tych też względów zamawiający, opisując

kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach (tak: D. Grześkowiak-Stojek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91., pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis). Jak trafnie zauważa J. Pieróg: "Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli **obietnic** lub zobowiązań niewykonalnych." (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis). Kryteria oceny ofert oraz sposób ich tworzenia i oceny ofert na ich podstawie mają zasadnicze znaczenie dla systemu zamówień publicznych, bowiem to w oparciu o nie zamawiający decyduje komu udzieli zamówienia. Z tych względów zamawiający musi odpowiednio wcześniej przemyśleć i wskazać wszystkie kryteria, które uważa za istotne, a które powinny spowodować, że wybierze właściwą ofertę (M. Meducki, ZPDORADCA 2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Podkreślenia wymaga, że istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów pzp powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1 pzp (aktualnie art. 16 pkt 1) pzp), stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. Konieczność weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny ofert w momencie ich składania stanowi warunek *sine qua non* równego traktowania wykonawców a zatem kryteria te nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy niesprawdzalnych na tym etapie zobowiązań. Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert to *de facto* nie jest to w ogóle kryterium oceny ofert. W wyroku z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 35/21 Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, że:

*„Podzielając powyższe poglądy sąd okręgowy stoi na **kategorycznym** stanowisku, wyrażonym już z resztą w wyroku wydanym przez tut. sąd w innym składzie, iż **obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe sprawdzenie/zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w jego ofercie** (wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20).”*

Odwołujący zgadza się w pełni ze słusznym stanowiskiem Sądu, wyrażonym w powyższym wyroku oraz w przytoczonym w jego treści wyrokiem tego samego Sądu z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20. Brzmienie art. 91 ust. 2d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, obecnie znajdujące się w art. 240 ust. 2 P.z.p z 2019 r., w definitywny sposób bowiem zobowiązuje zamawiających do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, których spełnienie przez ofertę wykonawcy da się obiektywnie zweryfikować jeszcze przed przyznaniem jej stosownej liczby punktów. Warto przy tym podkreślić, że Sąd Okręgowy w Warszawie, który wydał wyżej przytoczone wyroki, stanowi instancję odwoławczą w stosunku do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 580 ust. 1 P.z.p. W konsekwencji, stwierdzić należy, że ukształtowała się linia orzecznicza, która potwierdza stanowisko Odwołującego, co przesądza o zasadności odwołania.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zastrzeżone kryterium „Koszt surowca w stawce osobodnia” jest niezwiązane z jakością usługi oraz nieweryfikowalne.

Uzasadnienie zarzutu 2

Zamawiający w § 13 ust. 4 załącznika nr 6 do SWZ - projekcie umowy – zastrzegł zasady zmiany wysokości wynagrodzenia, w przypadku istotnej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jednocześnie Zamawiający w § 13 ust. 5 pkt 3 określił limit zmiany wynagrodzenia z tego tytułu na 3% wartości wynagrodzenia wykonawcy określonego w ofercie. Limit ten zaniżony w stosunku do warunków zmiany wynagrodzenia poprzez traci całe postanowienie traci znaczenie gospodarcze.

Podkreślenia wymaga, że umowa ma być zawarta na 36 miesięcy.

Ponadto Zamawiający określił w ust. 5 zasady zmiany wynagrodzenia w ten sposób, że dopuszczalna jest zmiana dopiero, gdy wskaźnik inflacji za ostatnie 4 kwartały przekroczy 3%. Wówczas wynagrodzenie będzie waloryzowane „o aktualny wskaźnik stanowiący różnicę odchylenia wskaźnika inflacji za ostatnie 4-ry kwartały od zakładanego 3%”. Skoro limit zmiany wynagrodzenia wynosi 3%, to nie trudno ustalić, że już w przypadku, gdy wskaźnik inflacji za ostatnie 4 kwartały przekroczy 6%, to wynagrodzenie wykonawcy nie zostanie w pełni zwaloryzowane. Zatem wykonawca może liczyć na pełną waloryzację, jedynie w przypadku, gdy wskaźnik inflacji za ostatnie 4 kwartały wyniesie więcej niż 3% i nie więcej niż 6%.

Podkreślenia wymaga, że wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w I kwartale 2022 roku w stosunku do I kwartału 2021 (a więc za ostatnie 4 kwartały) wyniósł 9,7%. Zatem zastosowanie proponowanego postanowienia oznaczałoby, że wykonawca otrzyma waloryzację w wysokości 3%, zamiast 6,7%. Ponadto oznaczałoby to, że tylko raz w okresie obowiązywania umowy (36 miesięcy) dojdzie do waloryzacji wynagrodzenia z powodu istotnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu 3

Co więcej, postanowienie stanowiące o maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy dotyczy wszelkich przypadków zastosowania postanowień umowy o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji, o której mowa w § 13 ust. 3. Postanowienie § 13 ust. 3 stanowi, że „zmiana umowy jest dopuszczalna w zakresie i na warunkach przewidzianych w niniejszej umowie oraz przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.” Poprzez odwołanie do tego postanowienia, Zamawiający ograniczył do 3% wartości umowy możliwość każdej zmiany wysokości wynagrodzenia, również tej o której mowa w postanowieniach § 5 ust. 11 i następne.

Tym samym limit zmiany wynagrodzenia, o którym mowa w § 13 ust. 3 dotyczy również zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b P.z.p., tj. zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Przepis art. 436 pkt 4 lit. b P.z.p. wiąże konieczność zmiany wynagrodzenia (pod warunkiem wykazania wpływu na koszty realizacji zamówienia) z każdorazową zmianą stanu prawnego dotyczącego okoliczności stanowiących podstawę zmiany.

Jak wskazuje się Komentarzu do Prawa zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza: „Odpowiednik omawianego przepisu funkcjonował także na gruncie Pzp2004. Zasadniczym celem jego wprowadzenia jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. W oparciu o zawarte w treści umowy klauzule waloryzacyjne dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy w sytuacji. Zmiana wynagrodzenia wykonawcy powinna być adekwatna do zmiany czynników, w nawiązaniu do których określił swoje wynagrodzenie, ma ona wynikać wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia.”

Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 marca 2015 r., KIO 346/15 (opubl. w LEX 1661956) na gruncie art. 142 ust. 5 d. Pzp.

Zamawiający nie był zatem upoważniony do tego, aby ograniczyć możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy spowodowanej zmianami przepisów, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b P.z.p. - do 5% wartości umowy brutto.

Uzasadnienie zarzutu 4

W załączniku nr 14 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w § 5 ust. 1 Zamawiający przewidział, że „wykonawcy nie przysługują jakiejkolwiek roszczenia w sytuacji, gdy ilość ta będzie większa lub mniejsza w zależności od aktualnej liczby hospitalizowanych pacjentów przez Zamawiającego, jak również ilości pracowników uprawnionych do otrzymywania posiłków profilaktycznych.”

Jednocześnie zaniechał wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, czym naruszył art. 433 pkt 4 Pzp.

Mając na względzie powyższe wnoszę jak w *petitum* odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu w terminie.

Signature Not Verified

Dokument podpisany przez Klaudia Bartczyk
Data: 2022.06.06 16:23:56 CEST



Wrocław, dnia 6 czerwca 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Impel S.A.
ul. Ślężna 118,53-111 Wrocław
KRS: 0000004185
NIP: 8990106769
numer telefonu:
510011787
adres poczty elektronicznej:
d.wojciak@impel.pl
Przedstawiciel (imię i nazwisko):
Daria Wójciak

Zamawiający:

Centrum Onkologii – im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy
ul. Izabeli Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz
KRS: 0000002329 ; REGON: 001255363 NIP: 554-22-17-419
tel.: 52/37 43 000
e-mail: zamowienia@co.bydgoszcz.pl
adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie:
www.e-propublico.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, t.j. z dnia 2021.06.24 ze zm.) – dalej: *Ustawa lub pzp*, składamy odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy*. (znak postępowania: 680/P/2022), tj. wobec niezgodnej z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, dokonanych w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym na postanowienia:

1) SWZ:

- a) opis kryterium oceny ofert tj. zastrzeżenie, że jednym z kryteriów oceny ofert jest posiadanie przez wykonawcę wyłącznie certyfikatu ISO 22000:2005, podczas, gdy ww. norma ISO 22000:2005 została zastąpiona nowszą normą tj. normą ISO 22000:2018;

2) postanowienia umowne:

- a) uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę zmiany wynagrodzenia adekwatnej do zmienionych kosztów wykonania zamówienia na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy tj. najwcześniej po zakończeniu drugiego roku kalendarzowego realizacji usługi mimo, że w terminie wyznaczonym na dzień składania ofert nie będą znane minimalne koszty płac i stawek minimalnych, obowiązujące w 2023 r.;
- b) uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę waloryzacji wynagrodzenia na podstawie art. 439 Ustawy.

I. Określenie przedmiotu zamówienia (numer ogłoszenia):

- 1. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 102-284799 z dnia 27.05.2022 r..

2. Nazwa postępowania, opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: *Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy*. Numer referencyjny: 680/P/2022 .
- II. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
- 1) art. 240 i art. 241 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez ustalenie w treści SWZ postanowienia, że jednym z kryteriów oceny ofert jest posiadanie przez wykonawcę wyłącznie certyfikatu ISO 22000:2005 podczas, gdy ww. norma ISO 22000:2005 została znowelizowana i zastąpiona nowszą normą, tj. normą ISO 22000:2018, skutkiem czego:
- a) w postępowaniu bezpodstawnie dyskryminowani są wykonawcy, stosujący nowoczesne metody wykonania usługi i realizujący usługę w oparciu o normę ISO 22000:2018;
- b) kryterium to - zgodnie z aktualną wiedzą, dotyczącą certyfikacji w zakresie ww. normy ISO - nie skutkuje oceną jako najkorzystniejszej, oferty zapewniającej najnowocześniejsze i najbardziej efektywne metody i sposoby realizacji usługi;
- c) właściwości przedmiotu zamówienia oceniane są w postępowaniu w oparciu o normę uchyloną i nieobowiązującą a więc badanie to nie daje informacji o rzeczywistych i pewnych właściwościach zaoferowanego świadczenia.
- 2) art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) i art. 58 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny (*dalej kc*) poprzez ustalenie w treści wzoru umowy postanowień kontraktowych, uniemożliwiających uzyskanie przez wykonawcę zmiany wynagrodzenia, adekwatnej do zmienionych kosztów wykonania zamówienia tj.: zastrzeżenie we wzorze umowy (§ 5 ust. 7), że *Wykonawca gwarantuje niezmiennosc wynagrodzenia netto, określonego w ust. 3 niniejszego paragrafu przez okres minimum 12 miesięcy realizacji przedmiotu niniejszej umowy* podczas, gdy:
- a) zgodnie z Ustawą oraz kc, postanowienia umowne nie mogą skutkować zniesieniem lub ograniczeniem obowiązku aktualizacji wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany przepisów prawa, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy;
- b) zgodnie z Ustawą postanowienia umowne nie mogą skutkować przeniesieniem na wykonawcę nieznanych i niemożliwych do wyceny ryzyk, kształtujących wysokość ceny ofertowej;
- 3) art. 439 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) i art. 58 § 1 i 2 kc poprzez ustalenie postanowień umownych, dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, które skutkują zniesieniem obowiązku waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, podczas, gdy przepis art. 439 Ustawy wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad indeksacji wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 12 miesięcy.
- III. Wniosek (żądanie), co do rozstrzygnięcia odwołania:
Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:
- 1) w zakresie dotyczącym opisu kryteriów oceny ofert:
zastąpienie dotychczasowego opisu, że:
Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert:
(...)

postanowieniem, że:

Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert:

(...)

posiadanie certyfikatu ISO 22000:2018

20%

- 2) w zakresie dotyczącym zmiany umowy na podst. art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy:

usunięcie ze wzoru umowy postanowienia § 5 ust. 7 tj. postanowienia że:

Wykonawca gwarantuje niezmiennosc wynagrodzenia netto określonego w ust. 3 niniejszego paragrafu przez okres minimum 12 miesięcy realizacji przedmiotu niniejszej umowy

- 3) W zakresie dotyczącym indeksacji wynagrodzenia wykonawcy na podst. art. 439 ust. 1 i 2 Ustawy:

usunięcie z wzoru umowy postanowienia § 5 ust. 7 o treści :

Wykonawca gwarantuje niezmiennosc wynagrodzenia netto, określonego w ust. 3 niniejszego paragrafu przez okres minimum 12 miesięcy realizacji przedmiotu niniejszej umowy

oraz

usunięcie ze wzoru umowy postanowienia § 13 ust. 4 – 7 o treści:

4. *Dopuszcza się również możliwość wprowadzenia zmian umowy, dotyczących wynagrodzenia Wykonawcy, poprzez jego waloryzację w sytuacji spełnienia niżej wymienionych wymagań:*
- 1) *w przypadku istotnej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, rozumianej jako wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie Wykonawcy oraz*
 - 2) *przy zachowaniu niżej określonych warunków i postanowień Umowy określonych w ust. 5.*
5. *W przypadku dokonywania waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w ust. 4, wynagrodzenie Wykonawcy, będzie waloryzowane o aktualny wskaźnik stanowiący różnicę odchylenia wskaźnika inflacji za ostatnie 4-ry kwartały od zakładanego 3%, przy łącznym spełnieniu następujących postanowień:*
- 1) *podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy – nastąpi na wniosek Wykonawcy, złożony najwcześniej po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy przez Strony oraz przy wzroście Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, więcej niż 3% za ostatnie 4 kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację,*
 - 2) *obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy – nastąpi w wyniku działań Zamawiającego, podjętych co najmniej po upływie 12 miesięcy od zawarcia Umowy przez Strony oraz przy obniżeniu Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, o co najmniej 3% za ostatnie 4 kwartały poprzedzające działania Zamawiającego o waloryzację, z uwzględnieniem, iż waloryzacja będzie obliczana na podstawie średniej wskaźników określonych według Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, za ostatnie 4 kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację / działań Zamawiającego, z uwzględnieniem, iż pierwsza (i każda kolejna) waloryzacja dokonana:*
 - a) *na wniosek Wykonawcy – nastąpi tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację realizuje Przedmiot umowy,*
 - b) *w wyniku działań Zamawiającego – nastąpi bez względu na fakt czy Wykonawca na dzień podjęcia działań Zamawiającego realizuje Przedmiot Umowy czy dopuszcza się zwłoki.*

- 3) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji, o której mowa w ust. 3, wynosi 3% wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie Wykonawcy.
6. W przypadku, gdy w ocenie Wykonawcy zaistnieją okoliczności uzasadniające zmianę umowy, o których mowa w ust. 4, będzie on zobowiązany do przekazania Zamawiającemu pisemnego wniosku dotyczącego zmiany umowy wraz z opisem zdarzenia lub okoliczności stanowiących podstawę do żądania takiej zmiany.
7. Wniosek, o którym mowa w ust. 6, powinien zostać przekazany niezwłocznie, jednakże nie później niż w terminie 14 dni od dnia, w którym Wykonawca dowiedział się o danym zdarzeniu lub okolicznościach.
8. W terminie 7 dni od dnia otrzymania żądania zmiany, o którym mowa w ust. 6, Zamawiający powiadomi Wykonawcę o akceptacji żądania zmiany umowy i terminie podpisania aneksu do umowy lub odpowiednio o braku akceptacji zmiany wraz z uzasadnieniem. Zmiana umowy wejdzie w życie z pierwszym dniem miesiąca następującego po miesiącu, w którym minie termin wskazany w zdaniu poprzedzającym.

i zastąpienie ich następującą treścią:

1. Wynagrodzenie Wykonawcy podlega zmianie w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, rozumianej jako wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie Wykonawcy. Przez zmianę cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia rozumie się:
 - 1) w przypadku wzrostu: **kwartalny wskaźnik, dotyczący zmiany cen żywności i napojów bezalkoholowych ogółem**, publikowany przez GUS w Tabeli: Ceny detaliczne - Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych według grup gospodarstw domowych - kwartalnie na stronie GUS:
http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_4.aspx
 jako ostatni przed terminem złożenia przez wykonawcę wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego **wyższy o min. 0,5 % od poziomu tego kwartalnego wskaźnika, opublikowanego przez GUS**, jako ostatniego przed upływem terminu składania ofert lub jako ostatniego przed terminem ostatniej waloryzacji wynagrodzenia umownego;
 - 2) w przypadku obniżenia: **kwartalny wskaźnik, dotyczący zmiany cen żywności i napojów bezalkoholowych ogółem**, publikowany przez GUS w Tabeli: Ceny detaliczne - Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych według grup gospodarstw domowych - kwartalnie na stronie GUS:
http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_4.aspx
poniżej 0,0 %.
2. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania waloryzacji, o której mowa w ust. 1, wynosi 10% całkowitej łącznej wartości umowy Wykonawcy, określonej w § 5 ust. 3 Umowy.
3. Warunkiem wprowadzenia zmiany wynagrodzenia na skutek okoliczności wskazanych w ust. 1 powyżej jest przedłożenie przez Wykonawcę Zamawiającemu pisemnego wniosku w tym przedmiocie, zawierającego
 - 1) określenie wysokości nowego wynagrodzenia;
 - 2) oraz wskazanie daty, od której nastąpi zmiana wynagrodzenia umownego.
4. W przypadku dokonywania waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w ust. 1 całkowite wynagrodzenie Wykonawcy, określone w § 5 ust. 3 Umowy, będzie waloryzowane o wskaźnik, określony w ust. 1. w kwartale, w którym wykonawca złożył wniosek o waloryzację wynagrodzenia umownego. Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, nastąpi na wniosek Wykonawcy, złożony najwcześniej po upływie trzech (3) miesięcy od dnia zawarcia Umowy przez Strony. Uzgodniona zmiana wynagrodzenia obowiązywać będzie od początku miesiąca kalendarzowego następującego po upływie 30-dniowego terminu na rozpatrzenie wniosku Wykonawcy.

5. *Do obniżenia wartości wynagrodzenia Wykonawcy na wniosek Zamawiającego stosuje się odpowiednio przepisy ust. 2, 3 i 4 z tym zastrzeżeniem, że z wnioskiem o przedstawienie danych, uzasadniających obniżenie wynagrodzenia, występuje Zamawiający do Wykonawcy.*

Ponadto wnoszę o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

IV. Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

V. Termin na złożenie odwołania:

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej..

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy.

Zamawiający w dniu 27.05.2022 roku opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł. (słownie: piętnaście tysięcy złotych) został wniesiony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, tj. rachunek bankowy o numerze: 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 prowadzony przez NBP O/Okr. w Warszawie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywnościowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia Cafe Bar Patio w Centrum Onkologii w Bydgoszczy.*

Odwołujący podnosi, że postanowienia SWZ, w tym także postanowienia wzoru umowy, są niezgodne z Ustawą oraz przepisami kc i wskazuje, jak niżej:

1. KRYTERIA OCENY OFERT.

1.1. Zgodnie z Rozdziałem 17 SWZ, Zamawiający dokonana oceny ofert na podstawie następujących kryteriów:

- *cena - 60%*
- *posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005 - 20%*
- *koszt surowca w stawce osobodnia brutto - 20%*

Najkorzystniejszą ofertą będzie ta, która zdobędzie największą liczbę punktów obliczonych wg wzoru:

$$P = (P_{\text{cena}} \times 0,60) + (P_{\text{iso}} \times 0,20) + (P_s \times 0,20)$$

gdzie:

$$P_{\text{cena}} = \frac{\text{najniższa oferowana cena}}{\text{cena porównywanej oferty}} \times 60^*$$

$$P_{\text{iso}} = \frac{\text{ilość pkt. przyznana za „posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005”}}{\text{największa przyznana ilość pkt. za „posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005”}} \times 20^*$$

Zasady przyznawania punktów za posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005 (P_{iso}):

Nie posiada – **0 pkt.**

Posiada – **10 pkt.**

$$P_s = \frac{\text{ilość pkt. przyznana za „koszt surowca w stawce osobodnia brutto”}}{\text{największa przyznana ilość pkt. za „koszt surowca w stawce osobodnia brutto”}} \times 20^*$$

Zasady przyznawania punktów w kryterium „Koszt surowca w stawce osobodnia”:

- koszt surowca w stawce osobodnia 19,00 zł brutto – **0 pkt.**
- koszt surowca w stawce osobodnia od 19,01-19,50 zł brutto włącznie – **2 pkt.**
- koszt surowca w stawce osobodnia od 19,51-20,00 zł brutto włącznie – **5 pkt.**
- koszt surowca w stawce osobodnia powyżej 20,00 zł brutto – **10 pkt.**

1. Najkorzystniejsza oferta może zdobyć max. **100 pkt.**

2. Uzyskane oceny zostaną zaokrąglone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

*Odwołujący nadmienia, że opis ww. wzorów matematycznych zawarty w SWZ, zawiera oczywistą omyłkę polegającą na wpisu do wzoru matematycznego każdego z ww. kryteriów ostatecznego mnożenia przez 10. Odwołujący dokonał stosownej poprawy ww. treści w odwołaniu. Odwołujący zaznacza, że odpowiednia korekta niezbędna jest również w SWZ.

1.2. Odwołujący podnosi, że kryterium posiadanie certyfikatu ISO 22000:2005 jest ustalone w sposób dyskryminujący oraz nie skutkuje przyznaniem maksymalnej ilości punktów ofercie obiektywnie przedstawiającej najkorzystniejszy sposób realizacji zamówienia.

1.3. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, norma ISO 22000:2005 jest normą zarządzania bezpieczeństwem żywności dla organizacji w łańcuchu żywności. Normy te zostały opublikowane we wrześniu 2005 r. i określają wymagania zarówno krajowe, jak i międzynarodowe dotyczące bezpieczeństwa i jakości żywności. Łączą system HACCP oraz zasady dobrych praktyk (produkcyjnej, higienicznej, dystrybucyjnej itp.). W celu ułatwienia procesu

wdrażania, normy te oparto na podwalinach ISO 9001 jak i ISO 14001.

- 1.4. Odwołujący zwraca uwagę, że Międzynarodowa Organizacja Normalizacji (ISO) opublikowała 10 czerwca 2018 r. aktualizację międzynarodowej normy ISO 22000:2005. Następcą normy ISO 22000:2005 jest norma ISO 22000:2018. Norma ISO 22000:2018 jest aktualnie obowiązującą normą.
- 1.5. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazuje, że ISO 22000:2005 różni się od ISO 22000:2018. Wśród kluczowych różnic pomiędzy ww. normami, wymienia się:
- a) kontekst organizacji i zainteresowane strony;
 - b) silniejszy nacisk na przywództwo i zaangażowanie kierownictwa;
 - c) zarządzanie ryzykiem;
 - d) ukierunkowanie na cel jako element będący podstawą doskonalenia;
 - e) rozszerzone wymagania komunikacji;
 - f) mniej rygorystyczne zapisy dotyczące księgi.
- 1.6. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że norma ISO 22000:2005 została znowelizowana. Norma w oparciu, o którą aktualnie certyfikuje się wykonawców (przedsiębiorców) jest ISO 22000:2018. Norma ISO 22000:2005 nie jest już stosowana.
- 1.7. Odwołujący wyjaśnia również, że nowelizacja normy jest dokonywana w celu jej dostosowania do rozwoju technologii. *Nieustanny rozwój technologii i pojawiające się innowacje wymagają nowelizacji obowiązujących norm. Ważne, aby wymagania określone w normach nie ograniczały rozwoju przedsiębiorstw, tylko były wsparciem, elementem systematyzującym te działania. Żeby uchronić się przed taką sytuacją i zminimalizować ryzyko przyhamowania rozwoju przez skostniałe reguły ustanowione w normach ustala się dla każdej normy okres od 5 do 8 lat obowiązywania danej normy w danej postaci. Po tym czasie norma powinna zostać przejrzana i przeanalizowana. Czasem - tak jak w przypadku normy ISO 9001 - przyjęty zostaje dłuższy okres. Po upływie ustalonego okresu norma zostaje przeanalizowana pod względem aktualności. Jeżeli w wyniku przeprowadzonej analizy okaże się, że norma pod jakimś względem nie jest już aktualna, to konieczne jest nowe wydanie normy. Do najczęstszych przyczyn zalicza się rozwój nauki i techniki, rewolucję przemysłową 4.0, zmiany w gospodarce, zmiany w działaniach proekologicznych. Najczęściej wdrożone zmiany mają na celu ułatwienie ich zastosowania w praktyce, niezależnie od branży i profilu działalności organizacji.¹*
- 1.8. Istotnym jest również, że nowelizacja normy wywołuje określone skutki w zakresie jej obowiązywania. Odwołujący wskazuje, że nowelizacja normy powoduje, że wykonawca (przedsiębiorca) w okresie przejściowym zobowiązany jest wdrożyć zaktualizowaną normę oraz poddać się certyfikacji zgodnie ze zmienianą normą. *Typowy okres przejściowy, w którym przedsiębiorstwo może wprowadzać zmiany trwa do około 3 lat. To optymalny czas, na opracowanie strategii zmian w jednostce i stopniowe ich wdrażanie. W ramach dopasowywania przyjętej normy ISO do nowych standardów należy przeanalizować w jakich obszarach będzie niezbędne przeprowadzenie szkoleń, czy zmiany wiązą się z dodatkowymi kosztami, jaki budżet będzie konieczny.²*
- 1.9. Mając powyższe na uwadze Odwołujący podnosi, że certyfikat oceniany w ww. kryterium oceny ofert dotyczy normy, która jest nieaktualna. Norma ta już wygaśa, a posiadanie certyfikatu na zgodność działań z ISO 22000:2005 nie skutkuje weryfikacją jakości lub jakichkolwiek innych aspektów przedmiotów zamówienia. Z uwagi na powyższe, przedstawienia ww. certyfikatu jest w rzeczywistości wyłącznie oceną formalną dokumentu, a nie badaniem, czy wykonawca zaoferował określoną jakość i inne właściwości usługi, które potwierdza certyfikat. Odwołujący podkreśla, że ww. kryterium oceny ofert - z uwagi na nieaktualność normy do której się odnosi i konsekwencji owego braku aktualizacji - nie służy sprawdzeniu treści oferty. Kryterium to weryfikuje wyłącznie stan posiadania dokumentu (certyfikatu). Zamawiający w ocenie ofert ogranicza się do sprawdzenia, czy wykonawca fizycznie posiada dokument o określonej treści,

¹ https://www.adees.net/nowelizacja_ISO_9000.php

² https://www.adees.net/nowelizacja_ISO_9000.php

podczas, gdy zgodnie z Ustawą, ocena oferty powinna polegać na sprawdzeniu, czy wykonawca zaoferował (świadczy) usługę o określonych właściwościach, potwierdzonych certyfikatem wydanym przez akredytowaną jednostkę. Kryteria oceny ofert mają za zadanie weryfikować cechy przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że certyfikat wydany dla normy nieobowiązującej nie potwierdza, że wykonawca realizuje usługę zgodnie z aktualną treścią normy normą zarządzania bezpieczeństwem żywności dla organizacji w łańcuchu żywności, tj. obecnie ISO 22000:2018, dawniej ISO 22000:2005. W uwagi na fakt, iż ww. wygasła, to badanie wykonawcy ze względu na ww. normę, nie potwierdza właściwości zaoferowanej usługi i tym samym nie jest związane z przedmiotem zamówienia oraz nie powoduje wyłonienia oferty najkorzystniejszej w tym kryterium.

- 1.10. Ponadto Odwołujący wskazuje, że ww. kryterium dyskryminuje wykonawców, którzy poddali się weryfikacji ze względu na normę ISO 22000:2018, tj. normę znowelizowaną. Odwołujący podnosi, że na skutek postanowień SWZ, wykonawca, który działa zgodnie z ww. znowelizowaną normą, nie uzyska żadnego punktu w ww. kryterium. Tymczasem wykonawca, który przedstawi dokument wydany dla nieobowiązującej normy (normy, która wygasła) - otrzyma w ww. kryterium maksymalną ilość punktów. Ze względu na powyższe Odwołujący podnosi, że ww. kryterium faworyzuje wykonawców, którzy nie oferują potwierdzonej certyfikatem jakości i właściwości świadczenia, a dyskryminuje wykonawców, którzy ową jakość gwarantują. Kryterium to jest sprzeczne z celem, które Ustawa stawia przed kryteriami oceny ofert, gdyż nie służy wyborowi oferty obiektywnie najkorzystniejszej, ale przeciwnie eliminuje z postępowania wykonawców, którzy ową jakość i właściwości zapewniają.
 - 1.11. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza, że nie istnieje również uzasadnienie dla preferowania ww. normy ISO 22000:2005, tj. normy, która wygasła. SWZ, w celu zapewnienia równej konkurencji oraz niedyskryminacji, powinna zawierać również regulację dopuszczającą legitymowanie się certyfikatem ISO 22000:2018 tj. certyfikatem normy aktualnej. Wyłączenie certyfikatu ISO 22000:2018 spośród certyfikatów, podlegających punktacji w ww. kryterium, nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych lub prawnych, dotyczących certyfikacji. Odwołujący podkreśla, że certyfikat ten – ze względu na fakt, że dotyczy normy aktualnej - powinien być wymieniony w ww. kryterium jako podstawowy certyfikat, podlegający punktowaniu. SWZ odpowiednich regulacji nie zawiera, a nadto – jak zostało wykazane powyżej – zawiera kryterium niezgodne z art. 241 ust. 1 Ustawy.
2. POSTANOWIENIA UMOWNE - ZMIANY WYNAGRODZENIA ADEKWATNEJ DO ZMIENIONYCH KOSZTÓW WYKONANIA ZAMÓWIENIA NA PODSTAWIE ART. 436 PKT 4 LIT. B) USTAWY.
 - 2.1. Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy - § 5 ust. 7:

Wykonawca gwarantuje niezmiennność wynagrodzenia netto określonego w ust. 3 niniejszego paragrafu przez okres minimum 12 miesięcy realizacji przedmiotu niniejszej umowy
 - 2.2. Ponadto zgodnie z postanowieniami wzoru umowy - § 5 ust. 11 i nast.
 11. Wartość umowy, może ulec zmianie w przypadku:
 - 1) ustawowej stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
 - 2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2020 r., poz. 2207 j.t.);
 - 3) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;
 - 4) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. 2020r., poz. 1342);

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

- 12. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 11 pkt 2 niniejszego paragrafu wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.*
 - 13. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 11 pkt 3 niniejszego paragrafu 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.*
 - 14. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 11 pkt 4 niniejszego paragrafu, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie z uwzględnieniem sumy wzrostu kosztów realizacji zamówienia publicznego wynikającą z wpłat do pracowniczego planu kapitałowego dokonanego przez Wykonawcę.*
 - 15. Wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia Zamawiającemu przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust. 11 pkt 2, pkt 3 i pkt 4 niniejszego paragrafu.*
 - 10. Zmiana wysokości wynagrodzenia nastąpi od momentu jej wprowadzenia przez Strony, przy czym jeżeli zmiana kosztów Wykonawcy nastąpiła przed dokonaniem zmiany Umowy, zmiana wysokości wynagrodzenia będzie uwzględniała także zmianę wysokości kosztów ponoszonych po dacie zmiany odpowiednich przepisów prawa, a przed datą dokonania zmiany Umowy.*
 - 11. W przypadku zmiany przepisów, o których mowa w ust. 11 pkt 1, skutkujących zmianą wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, każda ze stron Umowy, w terminie od dnia opublikowania tych przepisów do 30 dnia od dnia ich wejścia w życie, może wystąpić do drugiej Strony o dokonanie odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia.*
- 2.3. Odwołujący podnosi, że ze względu na zapisy § 5 ust. 7 wzoru umowy, klauzula waloryzacja, o której mowa w § 5 ust. 11 i nast. wzoru umowy, będzie stosowana najwcześniej po upływie 12 miesięcy realizacji kontraktu. Tym samym wykonawca został pozbawiony uprawnienia do wystąpienia o aktualizację wynagrodzenia przynajmniej na okres co najmniej jednego (1) roku, w tym siedmiu (7) miesięcy obowiązywania nowych przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i minimalnej stawce godzinowej, o ile rozpoczęcie realizacji umowy nastąpi 01.08.2022 r. Ponadto, biorąc pod uwagę prawdopodobne rzeczywiste warunki realizacji kontraktu, jest możliwe, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy nastąpi po szesnastu miesiącach (16) wykonywania świadczenia, a więc po blisko połowie okresu realizacji umowy.*
- Odwołujący wskazuje, że postanowienia umowne wyłączają zmianę umowy, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy przez pierwsze 12 miesięcy realizacji zamówienia. Umowa o wykonywanie świadczenia rozpocznie się najwcześniej od sierpnia 2022 r. Upływ ww. okresu bezwzględnej stałości cen upłynie się tym samym z końcem lipca 2023 r. Przepisy zmieniające wysokość minimalnego wynagrodzenia oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej są ogłaszane we wrześniu danego roku i wchodzi w życie z dniem 1 stycznia roku następnego. Tym samym, w dniu składania ofert, wykonawca nie będzie znał minimalnych kosztów pracy, które będą obowiązywać w 2023 r. i koszty te nie będą mogły być prawidłowo uwzględnione w cenie ofertowej. Ponadto z uwagi na zakaz zmiany wynagrodzenia w okresie pierwszych 12 -nastu miesięcy obowiązywania kontraktu (§ 5 ust. 7 wzoru umowy), wykonawca nie uzyska zmiany wynagrodzenia spowodowanej podwyżką kosztów pracy co najmniej za okres siedmiu (7) miesięcy 2023 r. Z uwagi na fakt, że do zmiany kosztów pracy dojdzie w okresie ww. 12 miesięcy stałości wynagrodzenia istnieje dodatkowe ryzyko, że wniosek o waloryzację za pozostałą część roku 2023*

r. nie zostanie uwzględniony, skutkiem czego wykonawca pierwszą zmianę wynagrodzenia będzie mógł uzyskać dopiero od dnia 1 stycznia 2024 r. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazuje, że § 5 ust. 11 wzoru umowy dopuszcza wystąpienie z wnioskiem waloryzacyjnym w ograniczonym przedziale czasowym, który *de facto* uniemożliwia w ogóle uzyskanie przez wykonawcę waloryzacji w 2023 r. Odwołujący zaznacza również, że celowościowa wykładnia ww. postanowienia wskazuje, że dotyczy ono wszystkich okoliczności, o których mowa w ust. 11, a nie tylko okoliczności wymienionych w ust. 11 pkt 1.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, zawarta w § 5 ust. 7 wzoru klauzula waloryzacyjna jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, stanowi nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do kształtowania treści umowy oraz zmierza do obejścia przepisów prawa. Opisany powyżej sposób formułowania postanowień umownych stanowi obejście prawa, ponieważ *de facto* nie gwarantuje waloryzacji wynagrodzenia na zasadach określonych w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy.

Ponadto Odwołujący zwraca również uwagę, że ww. postanowienie w sposób niedozwolony przerzuca na wykonawcę nieznane na dzień składania oferty koszty wykonania zamówienia. Odwołujący podnosi, że ww. postanowienie godzi w równowagę Stron umowy oraz obciąża wykonawcę wszystkimi konsekwencjami zmienionych warunków realizacji umowy, dotyczących bezpośrednich i podstawowych kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący zauważa, że na mocy ww. postanowienia umownego Zamawiający *de facto* uchyla się od obowiązku zmiany umowy spowodowanej okolicznościami, które z pewnością wystąpią, ale których wartości działając z najwyższą starannością, nie można wyliczyć lub przewidzieć, tj. zmianą, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Odwołujący podnosi, że tego rodzaju działania nie stanowią wykonywania prawa, ale są czynnościami zmierzającymi do jego obejścia.

Odwołujący zaznacza również, że na mocy postanowień SWZ, Zamawiający nie może kreować zobowiązań umownych Wykonawcy, nieopisanych w SWZ. Zgodnie z Ustawą, świadczenie wykonawcy opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Tymczasem przywołane powyżej postanowienie umowne nie posiada żadnego z ww. przymiotów, a nadto przeciwnie - zmiana umowy w ww. okolicznościach jest zakazana mimo, że wystąpią okoliczności, które skutkują koniecznością zmiany umowy, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Odwołujący podkreśla, że koszt pokrycia zmienionych po dniu składania ofert kosztów pracy, w 2023 r. będzie obciążał wykonawcę. Tym samym, na skutek ww. regulacji umownej, na wykonawcę został w całości, tj. również w zakresie konsekwencji finansowych, przeniesiony ciężar organizacji realizacji umowy w zmienionych i nieprzewidywalnych okolicznościach. Czynność taka jest wprost sprzeczna z podstawowymi zasadami prawa cywilnego jak i Prawa Zamówień Publicznych, a także sprzeczna z stanowiskiem Izby, przedstawionym w orzeczeniach, o których mowa poniżej.

2.4. Odwołujący podnosi również, że ustalony w SWZ zakaz waloryzacji w okresie pierwszych 12 miesięcy realizacji kontraktu, jest sprzeczny z przepisem art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy. Odwołujący wskazuje, że przepis art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy znajduje zastosowanie do umów długoterminowych i zawsze wówczas, gdy spełni się którakolwiek z przesłanek wskazanych w tymże przepisie. Norma art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, dotycząca długości umowy, określa wyłącznie typ umów, w których powinny zostać zawarte postanowienia aktualizacyjne. Sformułowanie „umowa zawarta na okres dłuży niż 12 miesięcy” nie stanowi podstawy do wyodrębnienia z całego okresu obowiązywania kontraktu, owych 12 miesięcy bezwaloryzacyjnych. Umowa o zamówienie publiczne, w kontekście postanowień waloryzacyjnych, jest niepodzielna. Wobec powyższego, Odwołujący wskazuje, że ustalanie w umowach długoterminowych okresów stałości cen, mimo zaistnienia okoliczności z art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, jest niezgodne z prawem. Odwołujący podkreśla, że przepis art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy jest przepisem *ius cogens* i nawet czasowo nie można wyłączyć jego stosowania na mocy porozumienia stron - umowy. Odwołujący zaznacza, że bez względu na moment trwania umowy długoterminowej, obowiązek waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy następuje zawsze w przypadku zmiany prawa o VAT, wysokości płacy minimalnej lub minimalnej stawki godzinowej; albo przepisów o ZUS, albo przepisów PPK. Ponadto, z uwagi na okoliczność, że ww. zmiany są nieprzewidywalne, to ustalanie w klauzuli waloryzacyjnej okresów stałości cen, stanowi naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślania

wymaga, że celem przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) Ustawy, jest m.in. umożliwienie prawidłowej wyceny usługi oraz ochrona Zamawiającego polegająca na gwarancji uzyskania usługi o stałej i niezmiennej jakości.

2.5. Niezalenie od powyższego, z daleko idącej ostrożności, Odwołujący wskazuje, że powodem nowelizacji przepisu art. 142 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych – aktualnie art. 436 pkt 4 lit. b) - było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach”.

Odwołujący pozwala sobie także zaznaczyć, że na temat ww. przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a aktualnie 436 pkt 4 lit. b) Ustawy wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyrok z dnia 9 marca 2015 r. (KIO 346/15). Zgodnie, z przywołanym wyrokiem, który zachował aktualność w obowiązującym stanie prawnym: „(...) wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzanie obowiązku zawierania w

umowach trwających powyżej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług;
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie odrębnych przepisów;
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenie wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikające wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenia, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa. (...)”.

Przywołane powyżej postanowienie umowne nie skutkuje adekwatną – w myśl powyższego wyroku Izby - zmianą wynagrodzenia wykonawcy.

3. POSTANOWIENIA UMOWNE - UNIEMOŻLIWIAJĄCE UZYSKANIE PRZEZ WYKONAWCĘ WALORYZACJI NA PODSTAWIE ART. 439 USTAWY.

3.1. Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy § 13 ust. 4 – 7 o treści:

4. Dopuszcza się również możliwość wprowadzenia zmian umowy, dotyczących wynagrodzenia Wykonawcy, poprzez jego waloryzację w sytuacji spełnienia niżej wymienionych wymagań:
 - 3) w przypadku istotnej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, rozumianej jako wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie Wykonawcy oraz
 - 4) przy zachowaniu niżej określonych warunków i postanowień Umowy określonych w ust. 5.
5. W przypadku dokonywania waloryzacji wynagrodzenia, o której mowa w ust. 4, wynagrodzenie Wykonawcy, będzie waloryzowane o aktualny wskaźnik stanowiący różnicę odchylenia wskaźnika inflacji za ostatnie 4-ry kwartały od zakładanego 3%, przy łącznym spełnieniu następujących postanowień:
 - 3) podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy – nastąpi na wniosek Wykonawcy, złożony najwcześniej po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy przez Strony oraz przy wzroście Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, więcej niż 3% za ostatnie 4 kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację,
 - 4) obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy – nastąpi w wyniku działań Zamawiającego, podjętych co najmniej po upływie 12 miesięcy od zawarcia Umowy przez Strony oraz przy obniżeniu Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, o co najmniej 3% za ostatnie 4 kwartały poprzedzające działania Zamawiającego o waloryzację, z uwzględnieniem, iż waloryzacja będzie obliczana na podstawie średniej wskaźników określonych według Wskaźnika waloryzacji określonego powyżej, za ostatnie 4 kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację / działań Zamawiającego, z uwzględnieniem, iż pierwsza (i każda kolejna) waloryzacja dokonana:
 - c) na wniosek Wykonawcy – nastąpi tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację realizuje Przedmiot umowy,
 - d) w wyniku działań Zamawiającego – nastąpi bez względu na fakt czy Wykonawca na dzień podjęcia działań Zamawiającego realizuje Przedmiot Umowy czy dopuszcza się zwłoki.

- 5) *maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji, o której mowa w ust. 3, wynosi 3% wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie Wykonawcy.*
6. *W przypadku, gdy w ocenie Wykonawcy zaistnieją okoliczności uzasadniające zmianę umowy, o których mowa w ust. 4, będzie on zobowiązany do przekazania Zamawiającemu pisemnego wniosku dotyczącego zmiany umowy wraz z opisem zdarzenia lub okoliczności stanowiących podstawę do żądania takiej zmiany.*
7. *Wniosek, o którym mowa w ust. 6, powinien zostać przekazany niezwłocznie, jednakże nie później niż w terminie 14 dni od dnia, w którym Wykonawca dowiedział się o danym zdarzeniu lub okolicznościach.*
8. *W terminie 7 dni od dnia otrzymania żądania zmiany, o którym mowa w ust. 6, Zamawiający powiadomi Wykonawcę o akceptacji żądania zmiany umowy i terminie podpisania aneksu do umowy lub odpowiednio o braku akceptacji zmiany wraz z uzasadnieniem. Zmiana umowy wejdzie w życie z pierwszym dniem miesiąca następującego po miesiącu, w którym minie termin wskazany w zdaniu poprzedzającym.*

3.2. Termin realizacji zamówienia określony w SWZ wynosi 36 miesięcy.

3.3. Odwołujący podnosi, że ww. klauzule są niezgodne z Prawem zamówień publicznych, gdyż rzeczywistym ich celem jest uwolnienie Zamawiającego od obowiązku waloryzacji aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje, że zastosowanie klauzuli sformułowanej przez Zamawiającego, jest podwójnie ograniczone w sposób, który de facto zwalnia Zamawiającego z obowiązku partycypacji w ryzyku zmiany kosztów realizacji umowy długoterminowej. Zgodnie, z ww. klauzulą waloryzacja jest możliwa przy łącznym spełnieniu poniższych warunków:

- a) po pierwsze zmiana wynagrodzenia wykonawcy jest możliwa o ile wskaźnik inflacji przekroczy 3% w ujęciu za ostatnie 4 kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację
- i
- b) po drugie rzeczywista wartość waloryzacji nie przekroczy 3% wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie wykonawcy.

W zakresie powyższego pkt a):

Odwołujący podnosi, że tak wysokie zmiana podwyższenia wskaźnika inflacji ogółem ma charakter rzadki i zwykle wywołana jest nadzwyczajnymi okolicznościami. Odwołujący zaznacza, że aktualnie wskaźnik ten na koniec maja 2022 r. wynosi ponad 13%. Wzrost ten oceniany jest jako nadzwyczajny. Zgodnie z ww. postanowieniami umownymi dopiero wystąpienie inflacji galopującej, umożliwiłoby wykonawcy wystąpienie o indeksację wynagrodzenia. Tymczasem podjęta zostały działania, które mają skutkować powstrzymaniem dalszego wzrostu inflacji, a nadto jej szczyt przewidywany jest na trzeci (3) kwartał bieżącego roku. Wobec powyższego, uzyskanie indeksacji wynagrodzenia przez wykonawcę zostało uzależnione *de facto* od nadzwyczajnych zjawisk ekonomicznych, a nadto zjawisk, których wystąpienia jest powstrzymywane. Wobec powyższego Odwołujący podnosi, że celem ww. postanowienia jest uchylenie się Zamawiającego od podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący zaznacza, że celem art. 439 Ustawy jest ustalenie rozsądnych i związanych z powszechnie występującymi czynnikami gospodarczymi przesłanek i warunków waloryzacji. Tym samym poziom wzrostu ustalony w ww. klauzuli, w ocenie Odwołującego, ze względu na ową nadzwyczajność, powoduje, że ww. klauzula została sformułowana sprzecznie z przepisem art. 439 pzp, w tym w szczególności z jego celem.

Z daleko idącej ostrożności odwołujący zaznacza, że podstawowym kosztem, który będzie waloryzowany w zakresie ww. klauzuli zawartej w § 13 ust. 4 – 7 wzoru umowy, będą koszty

produktów spożywczych. Dynamika wzrostu cen żywności pokazuje, że ceny te kształtują się inaczej, niż ogólny wskaźnik inflacji. Ceny żywności rosną szybciej, niż wskaźnik inflacji mierzony ogółem. Tym samym ustalony we wzorze umowy wskaźnik warunkujący indeksację wynagrodzenia wykonawcy jest ustalony w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, a nadto umożliwia uchylenie się Zamawiającego od waloryzacji mimo, że rzeczywiste koszty wykonania zamówienia podwyższą się o co najmniej 3%. Odwołujący podkreśla, że okoliczność, iż ogólny wskaźnik inflacji nie osiągnie ww. 3% nie oznacza, że ceny żywności, tj. podstawowego kosztu wykonania zamówienia, nie przekroczą ww. wartości. Tym samym, pomimo, iż koszt surowca niezbędnego do wykonania usługi, zdrożeje o ponad ww. 3%, wykonawca może nie uzyskać w ogóle żadnej podwyżki, gdyż ogólny wskaźnik inflacji obliczony dla wielu różnych dóbr zostanie zbilansowany i nie przekroczy ww. 3%. Ze względu na powyższe Odwołujący wskazuje, że ww. klauzula nie służy udzieleniu waloryzacji, ale uchyleniu obowiązku jej zastosowania.

W zakresie powyższego ppkt b):

Odwołujący podnosi, że ustalona w umowie maksymalna graniczna wartość partycypacji Zamawiającego w pokryciu wzrostu ww. cen jest niewystarczająca, niedostosowana do rzeczywistych warunków realizacji kontraktu a jej celem jest zniesienie obowiązku Zamawiającego do aktualizacji wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o art. 439 Ustawy.

Odwołujący podnosi, że zamawiający autorytarnie i w oderwaniu od rzeczywistej treści ofert, które otrzyma w postępowaniu założył, że podwyższenie wynagrodzenia wykonawcy o maksymalnie 3% ceny ofertowej jest ekwiwalentne do zwiększonych wydatków na produkty spożywcze, materiały i inne koszty wykonania zamówienia i stanowi sprawiedliwy podział ryzyk kontraktowych. Tymczasem założenie to jest błędne, gdyż poziom ww. udziału ww. kosztów w całości wynagrodzenia wykonawcy wynosi co najmniej 50%. Odwołujący zaznacza, że nawet jeśli szacunek Zamawiającego, co do wartości ww. kosztów, został dokonany na podstawie danych historycznych – co nie wynika z SWZ – to i tak ww. dane są nieaktualne. Oferty w poprzednim postępowaniu zostały złożone w zupełnie innych warunkach gospodarczych. Na ceny ofert w ówczesnym postępowaniu nie oddziaływały takie zjawiska i ryzyka, jak epidemia covid – 19, która spowodowała wzrost cen środków i materiałów, niezbędnych do wykonania zamówienia, ale i produktów spożywczych; przerwanie łańcuchów dostaw, które są jedną z przyczyn ww. wzrostu cen; przejściowe ograniczenia w dostępności niektórych produktów spożywczych i środków niezbędnych do realizacji zamówienia (np. chemii niezbędnej do prawidłowego utrzymania czystości kuchni) spowodowane zatrzymaniem transportów; zmiany gospodarcze takie jak podwyżka kosztów wytworzenia ww. usługi (podwyższone koszty energii i paliw), podwyżka kosztów pracy, zmiany podatkowe, inflacja, a dodatkowo - konsekwencje sankcji nałożonych na Rosję w związku z wojną w Ukrainie. Wobec powyższego, założenia Zamawiającego, co do wartości ww. kosztów w cenie ofertowej, nie stanowią racjonalnego miernika pozwalającego przyjąć, że maksymalny poziom aktualizacji waloryzacji gwarantuje przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron.

W związku z powyższym Odwołujący podnosi, że maksymalny poziom waloryzacji dopuszczony przez Zamawiającego nie wystarczy na pokrycie ww. wzrostu ceny materiału i kosztów. Dodatkowo Zamawiający zostanie zwolniony z obowiązku waloryzacji w kolejnych latach.

- 3.4. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje ponadto, że ww. klauzula jest wadliwa, gdyż dopuszcza waloryzację dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Ustalenie tak długiego terminu oczekiwania na waloryzację oznacza, że wykonawca samodzielnie finansuje krótkookresowe zmiany cen. W sprawie istotnym jest, że postępowania prowadzone jest w okresie dynamicznych zmian gospodarczych. Nie jest wykluczone, że ww. trend utrzyma się. W związku z powyższych urealnienie cen ofertowych i uzyskanie porównywalnych ofert wymaga zaprojektowania w umowie mechanizmu umożliwiającego rozsądny podział ryzyk kontraktowych pomiędzy wykonawcę z Zamawiającego. Projekt umowy takiego mechanizmu nie zawiera. Aktualne postanowienia umowne obciążają wyłącznie wykonawcę ryzykiem zmian kontraktowych przez kolejne 12 miesięcy realizacji umowy. W efekcie powyższego, ceny ofertowe muszą

uwzględniać ww. ryzyko i wzrosną nieproporcjonalnie względem rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia. Tym samym Zamawiający otrzyma ceny za wykonanie zamówienia obciążone ww. ryzykiem.

- 3.5. Odwołujący zwraca również uwagę na tezę Odwołującego o sformułowaniu ww. klauzul waloryzacyjnej w sposób, który ma skutkować uniknięciem indeksacji, co potwierdzają postanowienia umów najmu, które również stanowią załącznik do SWZ. Odwołujący wskazuje, że waloryzacja czynszów najemnych dokonywana jest w nich zupełnie inny sposób, niż przyjęty wobec wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z § 4 ust. 5 wzoru umowy najmu Cafe Bar Patio (Załącznik nr 16 do SWZ) rewaloryzacja ww. czynszu następuje o *wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanych przez Prezesa GUS w Monitorze Polskim za rok poprzedni*. Postanowienia tejże klauzuli nie zawierają chociażby żadnych wskaźników zmniejszających, nie ograniczają wysokości wzrostu czynszu. W przypadku tych postanowień umów najmu całkowite ryzyko utraty wartości pieniądza ponosi wykonawca. Treść klauzuli, o której mowa w § 13 ust. 4 – 7 wzoru umowy, wskazuje, że również i tu Zamawiający w całości ww. ryzykiem obciąża wykonawcę.
- 3.6. Z uwagi na powyższe Odwołujący podnosi, że ww. klauzula nie odpowiada wymogom art. 439 pzp, jest sprzeczna z celem tego przepisu, a nadto stanowi przejaw uchylania się Zamawiającego od obowiązków określonych w tymże przepisie. Odwołujący podkreśla, że przywołany przepis zobowiązuje Zamawiającego do rzeczywistej i racjonalnej partycypacji w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podnosi, że przymiotu racjonalności, proporcjonalności, przejrzystości, efektywności oraz rzeczywistej woli partycypacji w zmienionych kosztach realizacji zamówienia nie można przypisać zachowaniu polegającemu na formułowaniu wskaźników z jednej strony mało prawdopodobnych, a z drugiej - zobowiązujących do kosmetycznej zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący podkreśla, że na skutek ww. klauzuli Zamawiający podwójnie zabezpieczył się przed rzeczywistym finansowaniem zmiany kosztów realizacji kontraktu, co jest całkowicie sprzeczne z celem przepisu art. 439 Ustawy. Formułowanie postanowień umownych, których celem jest uniknięcie przez Zamawiającego ponoszenia ciężarów ww. wzrostu cen, stanowi nadużycie przysługującego mu prawa do formułowania postanowień umownych i w konsekwencji świadczy o dokonywaniu czynności prawnych sprzecznych z prawem lub mających na celu obejście prawa, a więc czynności prawnych bezwzględnie nieważnych na podstawie art. 58 k.c. Odwołujący podnosi więc, że w postępowaniu na skutek ww. wady, nie została sformułowana klauzula, o której mowa w art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 3.7. Odwołujący podkreśla, że poszanowanie zasady waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w umowach długoterminowych wymaga, by wskaźniki i zasady aktualizacji były ustalane racjonalnie, z uwzględnieniem interesu zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego oraz przy uwzględnieniu co najmniej znanych i przewidywalnych zdarzeń gospodarczych.
- 3.8. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie z zachowaniem zasady przejrzystości, efektywności oraz poszanowania uczciwej konkurencji. Przejrzystość oznacza nie tylko jawność postępowania, ale przede wszystkim powinnośc ustalania jasnych, zrozumiałych zasad postępowania, rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SWZ. Poszanowanie uczciwej konkurencji oznacza nie tylko równe traktowanie różnych wykonawców, ale również zapewnienie możliwości konkurowania w ogóle, tj. działanie w taki sposób, by wykonawca miał rzeczywistą możliwość rzetelnego przygotowania i złożenia oferty.
- 3.9. Odwołujący zaznacza, że ze względu na termin realizacji umowy (trzy lata), wykonawcy nie są w stanie przewidzieć takich czynników jak np. konkretny poziom wzrostu cen przede wszystkim żywności, ale i innych środków, materiałów czy niektórych usług. Również ogólny wzrost cen jest niemożliwy do przewidzenia.

3.10. Odwołujący zauważa także, że przerzucanie na wykonawcę całości ryzyka gospodarczego wzrostu cen materiałów i kosztów, nie jest akceptowane na gruncie aktualnej ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zgodnie z art. 439 Ustawy, nie może przerzucać całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a zachowania takie stawią naruszenie ww. przepisu Ustawy jak i zasad współżycia społecznego. W świetle art. 439 pzp niedopuszczalne jest, aby wykonawca ponosił sam całe ryzyko gospodarcze zmian kosztów realizacji zamówienia.

3.11. Odwołujący podkreśla również, że realizując zasadę przejrzystości, Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania wymogów i przygotowania dokumentacji postępowania w sposób umożliwiający rzetelne przygotowanie oferty. Sprzecznym z Prawem zamówień publicznych jest określenie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który znacząco utrudnia kalkulację ceny ofertowej. Zasada przejrzystości w kontekście treści postanowień SWZ interpretowana jest jako obowiązek Zamawiającego do sformułowania dokumentacji postępowania z uwzględnieniem zawodowego, profesjonalnego charakteru działalności prowadzonej zarówno przez wykonawcę, jak i Zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca powinien uzyskać w SWZ tyle informacji, ile racjonalnie jest potrzebne profesjonalnemu wykonawcy do sporządzenia konkurencyjnej oferty. Wobec powyższego wymaganie od wykonawców przewidywania kosztów realizacji zamówienia na okres czterech lat realizacji kontraktu, wykracza poza profesjonalny charakter działalności wykonawców, a nadto jest sprzeczny art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3.12. Odwołujący zaznacza również, że bezpośrednią konsekwencją opisanego naruszenia wymogu przejrzystości, jest naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji oraz zasady efektywności. Zamawiający utrudniając wykonawcom przygotowanie ofert, w praktyce utrudnia im również uczciwe konkurowanie, gdyż wykonawcy konkurują w rzeczywistości nie na cenę, ale na założenia, co do wzrostu kosztów.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania;
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.