

Łódź, dnia 3 lutego 2022 roku

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

Zamawiający: **Powiatowy Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej**
z siedzibą w Czeladzi
ul. Szpitalna 40, 41-250 Czeladź
KRS: 0000203274
tel. +48 32 731 22 19
faks. + 48 322 65 14 30
e-mail: przetargi@pzzoz.bedzin.pl
<http://pzzoz.bedzin.pl>

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

reprezentowana przez pracownika – Magdalenę Kolińską
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Usługa polegająca na przygotowywaniu i dostarczaniu posiłków dla pacjentów PZZOZ w lokalizacji Czeladź i Będzin”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2022 roku pod numerem: 2022/S 016-038378, numer referencyjny: DZA.381.4.2022.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 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 oraz zaniechanie czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, tj.:
 1. określenie ceny w wysokości 100% kryterium oceny ofert;
 2. zastrzeżenie w projekcie umowy warunków zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny produktów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
- II. **zarzucam** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 246 ust. 1 i 2 w zw. z art. 359 pkt 1 P.z.p.** poprzez określenie kryterium ceny o wadze 100 %, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do określenia kryterium pozacenowego o wadze co najmniej 40%, z uwagi na fakt, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie określił wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia;
2. **art. 439 ust. 1 i 2 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.** przez określenie, że zmiana wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny produktów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dopuszczalna jest raz w roku poczynając od 01.01.2023 r., a nadto tylko wtedy gdy zmiana cen przekroczy 10%, 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 waloryzacji wynagrodzenia.

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

1. odnośnie zarzutu nr 1 - zmiany rozdziału XIX SWZ pkt 2 - Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

"2. Ocena ofert zostanie przeprowadzona na podstawie kryteriów określonych w SWZ oraz ich wag. W trakcie oceny ofert kolejno rozpatrywanym i ocenianym ofertom przyznawane są punkty za poniższe kryteria według następujących zasad:

1) Kryterium cena - waga 60 %

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-A-82100:1985.

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."

KRYTERIUM CENA **waga: 60 %**

$$P_n = \frac{C_{min}}{C_n} \times 100 \times 100\%$$

P_n - liczba punktów przyznanych ofercie n za kryterium CENA n - numer oferty
 C_{min} - cena minimalna wśród ocenianych ofert
 C_n - cena ocenianej oferty n

Maksymalna liczba punktów w kryterium CENA wynosi 60 pkt.

KRYTERIUM POSIADANIE LICENCJI GOTOWEGO POSIŁKU **waga: 40 %**

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

2. odnośnie zarzutu nr 2 - zmiany treści § 7 ust. pkt g) załącznika nr 10 do SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

"zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny produktów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Przez zmianę ceny produktów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie. Przez produkty rozumie się produkty do sporządzania posiłków zapewniane zgodnie z umową przez Wykonawcę, a przez koszty rozumie się koszty związane z przygotowaniem i dostarczaniem posiłków do Zamawiającego, z tym zastrzeżeniem, że kosztami nie są koszty zwracane lub

pokrywane przez Zamawiającego. Zmiana taka jest dopuszczalna dwa razy na rok tylko w przypadku gdy zmiana cen produktów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w danym miesiącu jest w porównaniu do przyjętych do kalkulacji wynagrodzenia ofertowego nie mniejsza niż 5%. Ponadto zmiana ta nie może spowodować zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy o więcej niż 20% w stosunku do wynagrodzenia należnego Wykonawcy za grudzień poprzedniego roku, a suma takich zmian nie może spowodować zmiany wynagrodzenia o więcej niż 30% w stosunku do wynagrodzenia ustalonego pierwotnie w umowie."

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 Pzp.

Uzasadnienie

W dniu 24 stycznia 2022 roku Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „usługa polegająca na przygotowywaniu i dostarczaniu posiłków dla pacjentów PZZOZ w lokalizacji Czeladź i Będzin”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2022 roku pod numerem: 2022/S 016-038378, numer referencyjny: DZA.381.4.2022.

Uzasadnienie zarzutu 1

Zamawiający wskazał w Rozdziale XIX ust 2 SWZ, jako kryterium oceny ofert cenę - 100 pkt.

W myśl art 246 ust. 2 P.z.p. zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 P.z.p. (w tym Zamawiający), 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.**

Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Wobec powyższego nie był uprawniony – w świetle art. 246 ust. 2 P.z.p. – do zaniechania określenia pozacenowego kryterium oceny ofert.

Należy wskazać, że zgodnie ze słusznym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, zamawiający wskazani w art. 4 pkt 1 i 2 .p.z.p. oraz związki tego rodzaju podmiotów (a więc m.in. jednostki sektora finansów publicznych, w tym SPZOZ) mogą zastosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, **jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech**

przedmiotu zamówienia. Nowa regulacja znosi natomiast obowiązek wykazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia (art. 246 ust. 1 p.z.p.).

Zamówienia mają ustalone wymagania jakościowe tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa, dostawa lub robota budowlana co do zasady będą identyczne. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek określić w opisie przedmiotu zamówienia wszystkie istotne cechy jakościowe zamówienia w taki sposób, aby oferowane usługi nie różniły się pomiędzy sobą pod względem jakościowym – spośród możliwych wariantów przedmiotu zamówienia zamawiający musi wybrać taki, w przypadku którego nie ma już różnic jakościowych stanowiących dodatkową korzyść dla zamawiającego. Wtedy uzasadnione jest stosowanie ceny jako dominującego kryterium oceny, skoro nie ma różnicy jakościowej pomiędzy oferowanymi przez wykonawców świadczeniami, a różnica sprowadza się w zasadzie do ich ceny. (tak: w *Twarowski Adam, Nowe PZP – opis przedmiotu zamówienia i kryteria oceny ofert z punktu widzenia świadczeniodawcy – LEX/el., 2020, komentarz praktyczny w LEX do art. 246 P.z.p.*). W konsekwencji, aktualność zachowują dotychczasowe orzeczenia KIO, wypracowane na gruncie art. 91 ust. 2a ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Należy zauważyć, że opisane w załączniku nr 2 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia czynności, za które odpowiedzialny jest wykonawca, nie stanowią w istocie wymagań jakościowych. Jest to jedynie doprecyzowanie przedmiotu zamówienia, tj. usług żywienia, przez wyszczególnienie niezbędnych do wykonania czynności, z określeniem ich częstotliwości i koniecznych do zastosowania środków, sprzętu i asortymentu. Przepis art. 246 ust. 2 P.z.p. wymaga zaś, aby w opisie przedmiotu zamówienia opisane zostały dodatkowo konkretne wymagania co do jakości, których w wypadku przedmiotowego postępowania zabrakło, co wskazuje na naruszenie przepisu.

We wskazanym załączniku nr 2 do SWZ Zamawiający wskazał jedynie nomenklaturę diet, które mają zastosowanie do świadczonych usług. W załączniku tym wskazał w stopniu podstawowym jakość produktów, które mają być stosowane w odniesieniu do niektórych z poszczególnych diet jak np. masło, ser biały, ser żółty, ser topiony etc ich zawartość tłuszczu i gramatury. Nie ma jednak w tym wypadku określenia jakości tych produktów np. sera białego, miodu, śmietany, dżemu, pasztetu, herbaty, soku owocowego etc. (zawartość zagęszczaczy, przyswajalność wapnia, oczekiwana szacunkowa zawartość makroelementów, zawartość konserwantów, dodatek glutaminianu sodu i innych wzmacniaczy smaku, użycie oleju palmowego, preferowany smak dżemu, rodzaj pieczywa, zawartość mięsa w pasztecce, rodzaj herbaty, wskazanie jakie soki owocowe są dopuszczalne).

Zamawiający nie określił również wskazań jakościowych dla wszystkich hospitalizowanych co do dodatków do śniadań i kolacji. Zamawiający wskazał, że: "dodatki warzywne tj. pomidor, ogórek, ogórek kiszony, rzodkiewka, sałata zielona ..." Powyższe wymagania Zamawiającego z pewnością nie są należytyym określeniem jakościowym tych produktów.

Zamawiający wskazał, iż Wykonawca zobowiązany jest do uwzględniania bieżących modyfikacji jadłospisów dokonanych przez dietetyka Zamawiającego w zakresie np. potraw świątecznych. Powyższy opis wymagań co do potraw w okresie świątecznym zupełnie nie określa ich jakości a nawet rodzaju produktów, które mają być użyte do przygotowania potraw świątecznych.

Przykładów jest oczywiście więcej: wyróżnia się różne klasy jaj, które mają znaczenie dla produkcji z nich produktów spożywczych, przy czym można także wskazać, czy mają to być jaja od kur z wolnego wybiegu, czy z chowu klatkowego, co też decyduje o jakości. Powyższe odnosi się również do twarogu, gdyż wartość odżywcza twarogów zależy od różnych rodzajów białego sera, tj. np. twaróg chudy, półtłusty, wiejski, śmietankowy o różnej zawartości tłuszczu. Wymaganiem jakościowym twarogu może również być zawartość wapnia a nawet fosforu. Zamawiający nie określił również jakości ziemniaków, które mają być dodatkiem do obiadów (zup i drugich dań), gdyż ziemniaki dzielą się na różne klasy i typy kulinarne jak np. typ A, B i C.

Możliwe jest też określenie jakości surówek i dodatków warzywnych, który według załącznika nr 2 do SWZ również ma być podawany do obiadów. Zamawiający nie zastrzegł, czy mają to być np. warzywa świeże czy mrożone, a jeśli świeże, to której klasy (istnieje zaś zasadnicza różnica między choćby marchwią różnej klasy np. klasy extra a klasy I).

Powyższe rozważania tyczą się również diet dla dzieci i Zakładu Pielęgnacyjno-Opiekuńczego, która według załącznika ma zawierać dodatkowo: Podwieczorki" Biszkopty, wafle śmietankowe, ciastka, budyń, kisiel, herbatniki, delicje, drożdżówki, koktajle mleczno - owocowe, owocowe, owocowo – warzywne, jogurty naturalne jogurty owocowe – różne smaki (w ograniczonej ilości), soki owocowe i / lub warzywne – opakowania jednostkowe. W powyższym próżno szukać określenia wymagań jakościowych dotyczących tych produktów.

Zamawiający pomimo wskazania poszczególnych diet jak np. dieta bogatobiałkowa, wegetariańska, ubogoenergetyczna etc. (IV ust 2 lit a) do j) załącznika nr 2 do SWZ) nie określił szczegółowo swoich wymagań w zakresie kaloryczności danej diety, ani nawet gramatury posiłków. Określił jedynie kaloryczność diety podstawowej (IV ust. 11).

W konsekwencji, to nie opis przedmiotu zamówienia w tym konkretnym przypadku dyktuje jakość, lecz będzie ją dyktowało doświadczenie wykonawcy – zarówno w zakresie dostaw, jak i produkcji. Istnieje rozległe orzecznictwo wskazujące, że w przypadku usług polegających na fizycznym wykonaniu świadczenia o niemierzalnym z absolutną dokładnością rezultacie – tj. takich jak przedmiotowe usługi - nie ma możliwości udzielenia zamówienia jedynie na podstawie kryterium ceny, gdyż o jakości najczęściej decydują indywidualne właściwości wykonawcy; i tak orzeczenie GKO z 26.4.2018 r., BDF1.4800.13.2018, Legalis – *"Zamówienia na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu nie można zaliczyć do kategorii "prostych, nieskomplikowanych usług". Przy wykonywaniu usługi inżyniera kontraktu istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na podobnych inwestycjach. Usługi tej nie może zatem świadczyć każdy podmiot, lecz tylko ten, który – poza posiadaniem uprawnień budowlanych – spełnia także inne warunki, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia. Należy więc uznać, że nieprawidłowe jest działanie zamawiającego, który*

wybiera kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert w tej materii"; uchwała KIO z 11.10.2016 r., KIO/KD 62/16, Legalis – "Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Jeżeli przedmiot zamówienia nie jest powszechnie dostępny oraz nie ma ustalonych standardów jakościowych, zamawiający nie może innym niż cena kryteriom oceny ofert przypisać znaczenia, które wskazywałoby na zamiar uniknięcia stosowania art. 91 ust. 2a PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 246]. Przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny, gdy służy każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. O dostępności usługi nie świadczy to, od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy"; uchwała KIO z 19.9.2016 r., KIO/KD 57/16, Legalis – "Do kategorii usług "o ustalonym standardzie jakościowym" możemy zaliczyć "usługi, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Tym samym każde zamówienie, które będzie wymagało sporządzenia obszernego opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenia do umowy klauzul w miarę szczegółowo regulujących sposób wykonania, z założenia nie będzie posiadało ustalonych standardów jakościowych – będzie je trzeba dopiero ustalić indywidualnie. Podobnie narzędziem do ustalenia minimalnego standardu usługi – a przynajmniej próby takiego ustalenia – jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawcy oraz kwalifikacji jego personelu.". Podobnie KIO w wyroku z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1270/20.

Podsumowując ten wątek, należy zauważyć, że wykładni przepisu art. 246 ust. 2 P.z.p. nie można sprowadzić do prostego rozumowania, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia równa się określeniu wymogów jakościowych. Istnieje bowiem jednocześnie przepis art. 99 ust. 1 P.z.p., który stanowi, że *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeśli zatem dany zamawiający nawet opisuje przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący, to **nie jest równoznaczne z tym, że opisał wymagania jakościowe stosownie do art. 246 ust. 2.*** Gdyby bowiem opis przedmiotu zamówienia nie był wyczerpujący, to zamawiający naruszyłby nie art. 246 ust. 2 P.z.p., lecz art. 99 ust. 1 P.z.p. Nie do przyjęcia byłoby zatem stanowisko, że wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który z natury rzeczy określa jedynie **minimalne** wymogi wykonania zamówienia, nieokreślający wymogów jakościowych wykraczających **ponad** te minimalne wymogi, świadczy o zachowaniu przepisu art. 246 ust. 2 P.z.p. Potwierdza to komentarz Arkadiusza Szyszkowskiego: *Brak ustawowej definicji pojęcia „wymagania jakościowe”, zważywszy, że jest to część opisu przedmiotu zamówienia, oznacza jednak wprowadzenie do OPZ parametrów odnoszących się do jakości.* (Szyszkowski Arkadiusz, *Tryb podstawowy w nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych. Analiza praktyczna*, C.H. Beck, 2021, wyd. 1, [w]: rozdział II, pkt 2.1.).

Na marginesie, Odwołujący podkreśla, że zgodnie ze słusznym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, [...] **określenie w nowym ZamPublU takiej możliwości jako wyjątku od zasady powoduje, że przepis ten będzie podlegał ścisłej wykładni, a na zamawiającym będzie spoczywał ciężar dowodowy wykazania prawidłowości określenia w taki sposób kryteriów oceny ofert.** (Jaworska Marzena, *Kryteria oceny ofert - stan obecny i nowe Prawo zamówień publicznych*,

Zamówienia Publiczne Doradca, 2020, Nr 3, [w]: Kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert).

Wobec powyższego Zamawiający w ocenie odwołującego miał obowiązek określenia co najmniej jednego (lub więcej) dodatkowego pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40%, zgodnie z art. 246 ust. 1 P.z.p w zw. z art. 242 ust 1 pkt 1 P.z.p. Według jego treści Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 p.z.p (w tym Zamawiający) oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

W ocenie Odwołującego należywym kryterium jakościowym jest licencja gotowego posiłku, która jest potwierdzeniem jakości całodziennego zestawu żywieniowego.

W ramach danej diety szpitalnej (w próbcie 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-A-82100:1985.

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.

Uzasadnienie zarzutu 2

Zamawiający w § 7 ust. 5 pkt g) załącznika nr 10 do SWZ - projekcie umowy zastrzegł „*zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ceny produktów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Przez zmianę ceny produktów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie. Przez produkty rozumie się produkty do sporządzania posiłków zapewniane zgodnie z umową przez Wykonawcę, a przez koszty rozumie się koszty związane z przygotowywaniem i dostarczaniem posiłków do Zamawiającego, z tym zastrzeżeniem, że kosztami nie są koszty zwracane lub pokrywane przez Zamawiającego. Zmiana taka jest dopuszczalna raz w roku poczynając od 01.01.2023 r. i tylko w przypadku gdy zmiana cen produktów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w danym miesiącu jest w porównaniu do przyjętych do kalkulacji wynagrodzenia ofertowego nie mniejsza niż 10%. Ponadto zmiana ta nie może spowodować zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy o więcej niż 10% w stosunku do wynagrodzenia należnego Wykonawcy za grudzień poprzedniego roku, a suma takich zmian*

nie może spowodować zmiany wynagrodzenia o więcej niż 20% w stosunku do wynagrodzenia ustalonego pierwotnie w umowie."

Zgodnie z art. 439 Pzp przewidującego mechanizm waloryzacji wynagrodzenia w związku ze zmianę cen materiałów i kosztów usług:

"Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. *W umowie określa się:*

1) *poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;*

2) *sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:*

a) *z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub*

b) *przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;*

3) *sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy;*

4) *maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.*

3. *Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.*

4. *Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.*

5. *Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:*

1) *przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;*

2) *okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy."*

Jak wskazuje się w doktrynie: **„Wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych.** Zamawiający wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają

dużym wahaniami), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia” [tak w: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Uzasadnienie projektu nowelizacji przepisów Pzp, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 84)

W.w zapis projektowanej treści umowy w ocenie Odwołującego świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu i wypaczeniu treści powołanego wyżej przepisu Pzp, ograniczając Wykonawcom w sposób niejasny znacząco możliwość waloryzacji ich wynagrodzenia. Zamawiający narzucił wykonawcom skrajnie niekorzystne warunki umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wynagrodzenia.

Ograniczenie Wykonawcom możliwości waloryzacji wynagrodzenia w sposób umożliwiający jej dokonania tylko raz w roku, począwszy od dnia 1 stycznia 2023 roku a także wskazując za podstawę waloryzacji zmianę cen o 10% w stosunku do cen przyjętych do kalkulacji oferty, biorąc pod uwagę fakt znacznych wahań śródrocznych cen materiałów i kosztów usług w ocenie Odwołującego świadczy o w.w. nadużyciu dominującej pozycji organizatora przetargu.

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

załączniki:

1. wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Potwierdzenie wysłania zamawiającemu