Sygn. akt: KIO 2355/21

WYROK

z dnia 10 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego MEGREZ sp. z o.o. z siedzibą w Tychach

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 4 odwołania.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę CATERMED sp. z o.o. z siedzibą

w Łodzi i

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

3.2. Zasądza od wykonawcy CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi na rzecz zamawiającego MEGREZ sp. z o.o. z siedzibą w Tychach kwotę 4 151 zł 92 gr (słownie: cztery tysiące sto pięćdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu.

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

Sygn. akt KIO 2355/21

Uzasadnienie

Zamawiający - MEGREZ sp. z o.o. z siedzibą w Tychach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „Świadczenie usług w zakresie

przygotowywania i dostarczania całodziennego wyżywienia dla pacjentów Szpitala z uwzględnieniem zaleceń dietetycznych wraz z użyczeniem sprzętu", nr postępowania: 10/21/ZP/PN. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2021 r., za numerem 2021/S 142-377991.

W dniu 5 sierpnia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec dokumentów zamówienia, a mianowicie określenie ceny jedynym kryterium oceny ofert oraz wobec projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 246 ust. 1 i 2 w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy pzp, poprzez określenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, 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. 431 w zw. art. 16 pkt 1 - 3, art. 17 ust. 1 pkt 1 - 2 ustawy pzp i art. 5 oraz 353 (1) Kodeksu cywilnego (dalej jako „K.c.") w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy pzp, przez zastrzeżenie w § 13 projektowanych postanowień umowy prawa do wypowiedzenia i rozwiązania umowy jedynie po stronie Zamawiającego, bez zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę;

3. art. 433 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353 (1) K.c. przez określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50% co jest wartością rażąco zaniżoną, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia,

4. art. 433 pkt 1 3 w zw. z art. 16 pkt 1 3 i art. 359 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 353 (1) K.c. przez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umownych prawa do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia w sytuacji, gdy łączna wysokość kar umownych naliczonych Wykonawcy przekracza wartość 5% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1, co powoduje w konsekwencji, że Zamawiający ma prawo do zerwania umowy w trybie natychmiastowym na skutek samego naliczenia kar umownych, bez zapewnienia ich wcześniejszej weryfikacji co do słuszności ich naliczenia;

5. art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy pzp i w zw. z art. 353 1 K.c., poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sposób, który sprawia, że nie będzie ona miała praktycznego zastosowania i w konsekwencji należy uznać takie zastrzeżenie za przekraczające swobodę kontraktową przez obejście przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy pzp;

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) w zakresie zarzutu nr 1 zmiany: a) pkt. II.2.5) ogłoszenia o zamówieniu poprzez dodanie słów „Posiadanie licencji gotowego posiłku", b) rozdziału XVIII specyfikacji warunków zamówienia („SWZ") przez nadanie punktom 1 3 treści następującej: 1. Kryteria oceny ofert: Cena 60% Posiadanie licencji gotowego posiłku (L) 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). 2. Punkty zostaną przyznane według posiadanej liczby zaświadczeń wg. zasady: 10 zaświadczeń dotyczących różnych diet 40 pkt, 5 zaświadczeń dotyczących różnych diet 10 pkt, mniej niż 5 zaświadczeń 0 pkt 3. Ocena na podstawie dołączonych do oferty zaświadczeń wydanych przez akredytowane laboratorium żywnościowe.

2. w zakresie zarzutu nr 2 zmiany § 13 załącznika nr 5 do SWZ projektowanych postanowień umownych przez dodanie ust. 8 o treści następującej: Każda ze stron ma prawo do

rozwiązania umowy z zachowaniem miesięcznego terminu wypowiedzenia w drodze pisemnej pod rygorem nieważności.

3. w zakresie zarzutu nr 3 zmiany § 1 ust. 10 projektowanych postanowień umownych przez zastąpienie wskazania „50%" wskazaniem „20%",

4. w zakresie zarzutu nr 4 zmiany § 13 ust. 2 lit. a) projektowanych postanowień umownych przez jego wykreślenie,

5. w zakresie zarzutu nr 5 zmiany § 6 ust. 9 pkt 1 projektowanych postanowień umownych przez nadanie mu następującego brzmienia: Jeżeli wskaźnik zmiany cen usług towarów i usług konsumpcyjnych ustalany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski" (dalej: Wskaźnik) ulegnie zmianie o co najmniej 1 % w okresie kolejnych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Pierwsza zmiana nastąpi nie wcześniej niż po 12 miesiącach od dnia zawarcia Umowy i będzie wyliczona jako średnia arytmetyczna ze Wskaźnika za okres poprzednich 12 miesięcy o ile Wykonawca lub Zamawiający wstąpi z wnioskiem o zmianę. Każda kolejna waloryzacja będzie możliwa po upływie 12 miesięcy od poprzedniej waloryzacji i będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze Wskaźnika za okres, który upłynął od poprzedniej waloryzacji. Zamawiający dopuszcza maksymalną zmianę wynagrodzenia o nie więcej niż 30 w stosunku do ceny oferty.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania Odwołujący podniósł, że w myśl art 246 ust. 2 ustawy pzp zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy pzp (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 ustawy pzp do zaniechania określenia pozacenowego kryterium oceny ofert. Odwołujący wskazał, że zgodnie ze słusznym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, zamawiający wskazani w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy pzp 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 ustawy pzp). 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. W konsekwencji, aktualność zachowują dotychczasowe orzeczenia KIO, wypracowane na gruncie art. 91 ust. 2a ustawy z 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zauważył, że opisane w załącznikach do SWZ czynności, za które odpowiedzialny jest wykonawca, nie stanowią w istocie wymagań jakościowych. Jest to jedynie doprecyzowanie przedmiotu zamówienia przez wyszczególnienie niezbędnych do wykonania czynności, z określeniem ich częstotliwości i koniecznych do zastosowania środków, sprzętu i asortymentu, a także wykazu stosowanych diet i podania przykładowych produktów żywnościowych do zastosowania. Przepis art. 246 ust. 2 ustawy pzp 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. W załączniku nr 5a do SWZ Zamawiający wskazał jedynie nomenklaturę diet, które mają zastosowanie do świadczonych usług. W załączniku nr 5b do SWZ wskazał m.in. produkty, które mają być stosowane w odniesieniu do niektórych z poszczególnych diet, jednakże stawiając wymogi jedynie co do gramatury . Nie ma jednak w

tym wypadku określenia jakości tych produktów (zawartość zagęszczaczy, przyswajalność wapnia, oczekiwana szacunkowa zawartość makroelementów, zawartość konserwantów, dodatek glutaminianu sodu i innych wzmacniaczy smaku, użycie oleju palmowego). Uderza przede wszystkim brak postawienia wymogów jakościowych co do podawanych mięs czy wędlin, w stosunku do których dostrzec można największy wachlarz jakości spośród produktów dostępnych na rynku. Jakość wędlin określić można np. przez wskazanie zawartości mięsa np. wymóg, aby do produkcji 100 g wędliny wykorzystano 120 g szynki wieprzowej bądź po prostu wymóg zawartości mięsa 99%, np. w przypadku parówek. Można też zastrzec, aby parówki były wyprodukowane z szynki. 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. Wymaganiem jakościowym twarogu może również być zawartość wapnia a nawet fosforu. Możliwe jest też określenie jakości surówek i dodatków warzywnych, który według załącznika nr 5b do SWZ również ma być podawany do drugiego dania. Zamawiający nie zastrzegł, czy mają to być np. warzywa i owoce świeże czy mrożone, a jeśli świeże, to której klasy (istnieje zaś zasadnicza różnica między choćby marchwią różnej klasy np. klasy extra a klasy I).

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. Odwołujący powołał się na orzeczenie GKO z 26 kwietnia 2018 r., BDF1.4800.13.2018, uchwałę KIO z 11 października 2016 r., sygn. akt: KIO/KD 62/16, uchwałę KIO z 19 września 2016 r., sygn. akt: KIO/KD 57/16, personelu, wyrok KIO z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1270/20.

Odwołujący zauważył, że wykładni przepisu art. 246 ust. 2 ustawy pzp nie można sprowadzić do prostego rozumowania, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia równa się określeniu wymogów jakościowych. Istnieje bowiem jednocześnie przepis art. 99 ust. 1 ustawy pzp, 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 ustawy pzp lecz art. 99 ust. 1 ustawy pzp. 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 ustawy pzp.

Na marginesie, Odwołujący podkreślił, 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 ustawy pzp w zw. z art. 242 ust 1 pkt 1 ustawy pzp.

Uzasadniając zarzut 2 odwołania Odwołujący podniósł, że § 13 projektowanych postanowień umowy zawiera katalog licznych przypadków sytuacji, w których Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy, jej rozwiązania i wypowiedzenia. Brak zaś w umowie jakichkolwiek uprawnień po stronie wykonawcy do odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia. Powyższe narusza zasadę równowagi stron stosunku cywilnoprawnego, świadczy o niesymetrycznym kreowaniu uprawnień stron, nadużyciu dominującej roli Zamawiającego, a ostatecznie skutkuje dyskryminacją wykonawcy. Zgodnie z art. 431 ustawy pzp, strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego są zobowiązane współdziałać przy jej wykonaniu. Oznacza to, że umowa w sprawie wykonania zamówienia publicznego nie powinna być jedynie litanią obowiązków wykonawcy i sankcji za ich niewypełnienie, lecz powinna także przewidywać na rzecz wykonawcy choćby minimalne uprawnienia, w stopniu co najmniej adekwatnym do uprawnień zamawiającego.

Uzasadniając zarzut 3 odwołania Odwołujący wskazał, że w § 1 ust. 10 załącznika nr 5 do SWZ Zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w wysokości 50% wartości umowy w sposób następujący: „Zamawiający zastrzega sobie prawo realizowania przedmiot u umowy w ilościach uzależnionych od swoich rzeczywistych potrzeb, przy czym ilość, która zostanie zrealizowana obejmuje co najmniej 50% wartości brutto niniejszej umowy określonej w § 6 ust. 1. Niepełna realizacja pozostałej części zamówienia ze strony Zamawiającego nie narusza postanowień niniejszej umowy i nie stanowi podstawy do dochodzenia przez Wykonawcę wykonania umowy w pozostałej części ani też innych roszczeń finansowych." Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy pzp: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: [...] 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron." Odwołujący podniósł, że komentowany przepis nie daje Zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy. Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego w postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50 % wartości umowy i ograniczenia, w ten sposób, roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP") w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans", gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości w rezerwie określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości.

Izba nie przedstawia uzasadnienia zarzutu 4 odwołania z uwagi na uwzględnienie tego zarzutu przez Zamawiającego.

Odnośnie zarzutu 5 odwołania Odwołujący wskazał, że art. 439 ustawy pzp przewiduje przypadek tzw. waloryzacji materiałowej czyli konieczności określenia w umowie zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zgodnie z ust. 2 pkt 1 i 3 tego przepisu, zachodzi w związku z tym także konieczność wskazania poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, a także maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmiany wysokości wynagrodzenia. Klauzula waloryzacyjna zaprojektowana przez Zamawiającego w tym zakresie w § 6 ust. 9 pkt 1 projektowanych postanowień umownych brzmi następująco: „Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy może ulec zmianie (odpowiednio obniżeniu lub podwyższeniu), w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, według następujących zasad: 1) Jeżeli wskaźnik zmiany cen usług towarów i usług konsumpcyjnych ustalany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski" (dalej: Wskaźnik) ulegnie zmianie o co najmniej 4% w okresie kolejnych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Pierwsza zmiana nastąpi nie wcześniej niż po 12 miesiącach od dnia zawarcia Umowy i będzie wyliczona jako średnia arytmetyczna ze Wskaźnika za okres poprzednich 12 miesięcy o ile Wykonawca lub

Zamawiający wstąpi z wnioskiem o zmianę. Każda kolejna waloryzacja będzie możliwa po upływie 12 miesięcy od poprzedniej waloryzacji i będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze Wskaźnika za okres, który upłynął od poprzedniej waloryzacji. Zamawiający dopuszcza maksymalną zmianę wynagrodzenia o nie więcej niż 8 % w stosunku do ceny oferty." W kontekście powyższego znamienny jest głos w doktrynie, wyrażony przez jednego z jej najbardziej znamienitych przedstawicieli Włodzimierza Dzierżanowskiego: „Jednocześnie widać, iż ustawa pozwala konstruować takie klauzule, które doprowadzą do zmiany wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy zmiana cen przekroczy określoną wielkość, przy czym wielkość tej różnicy została pozostawiona decyzji samego zamawiającego. Pozwala to na wprowadzenie mechanizmów eliminujących konieczność korekty wynagrodzenia, gdy wahania cen są tak nieistotne, że w istocie nie mają realnego wpływu na koszty realizacji zamówienia. Jednocześnie wprowadzenie do klauzuli z art. 439 p.z.p. postanowień uzależniających zmianę wynagrodzenia od wystąpienia znacząco dużej zmiany cen całkowicie wypacza sens i cel tego przepisu." (Dzierżanowski Włodzimierz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz , WKP, 2021, [w]: komentarz do art. 439, uwaga nr 2). W konsekwencji, Odwołujący wskazał, że Zamawiający dąży do obejścia przepisu, uzależniając działanie waloryzacji od wzrostu bądź spadku wskaźnika cen towarów i usług o aż co najmniej 4%. Nie taki był cel przepisu było nim wyeliminowanie zajmowania zamawiających bagatelnymi roszczeniami wykonawców. Tymczasem, 4% to nierzadko wysokość marży wykonawcy, często spotykana w biznesie, na skutek czego utracenie takiej kwoty bez możliwości jej zrekompensowania może realnie prowadzić do utracenia przez wykonawcę zarobku z wykonania zamówienia, pozostawiając w jego księgach pusty obrót, z którego nie wynika żaden zysk. Te same uwagi dotyczą ustawienia maksymalnego wzrostu wynagrodzenia w całym okresie trwania umowy o 8%. Skoro umowa ma być zawarta na okres 48 miesięcy, tj. 4 lat, to powoduje, że pułap ten jest na tyle niski, że w istocie nie daje wykonawcy żadnych szans na uratowanie zysku na wykonaniu zamówienia wobec znacznych wahań na rynku zwłaszcza w obecnych realiach galopującej inflacji. Odwołujący podniósł, że komentowany przepis, w zakresie, w jakim zobowiązuje zamawiającego do określenia pewnych minimalnych i maksymalnych pułapów, ma charakter jedynie porządkowy, i nie zasługuje na ochronę prawną konstruowanie w oparciu o niego postanowień, które prowadzą do spełnienia warunku umieszczenia takiej klauzuli w umowie w sposób fasadowy, niedający żadnego praktycznego zastosowania.

Odwołujący nie stawił się na posiedzenie i rozprawę pomimo prawidłowego powiadomienia.

W dniu 19 sierpnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut 4 odwołania, wskazując że wykreśli par. 13 ust. 2 lit. a) wzoru umowy oraz

w par. 9 ust. 6 lit. d) wzoru umowy fragment zdania: „z tym zastrzeżeniem, że jeżeli rozwiązanie umowy nastąpi na podstawie § 13 ust. 2a , zamawiający będzie uprawniony do żądania zapłaty przez Wykonawcę, według swego wyboru: kary umownej za rozwiązanie umowy lub naliczonych kar umownych, o których mowa w art. 13 ust. 2a". W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto, w dniu 7 września 2021 r. Zamawiający złożył pismo procesowe, w którym wskazał, że zmodyfikował w zakresie zarzutu 2 odwołania par. 13 ust. 2 wzoru umowy poprzez usunięcie stwierdzenia: „w szczególności"; w zakresie zarzutu 3 odwołania par. 1 ust. 10 wzoru umowy poprzez dodanie stwierdzenia: „wynikających z ilości pacjentów hospitalizowanych" oraz w zakresie zarzutu 5 odwołania zwiększył maksymalną zmianę wynagrodzenia na „nie więcej niż 10% w stosunku do ceny oferty".

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania

odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Zamawiającego wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu 4 odwołania Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 6 września 2021 r. wykreślił kwestionowane przez Odwołującego postanowienie umowne zgodnie z oświadczeniem o uwzględnieniu przedmiotowego zarzutu. Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy pzp: „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.” Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu

odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części odwołanie - w zakresie zarzutu nr 4, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w odniesieniu do zarzutu nr 4, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia. Izba rozpoznała odwołanie w pozostałym zakresie.

Zarzut 1 odwołania naruszenia art. 246 ust. 1 i 2 w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy pzp, poprzez

określenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, 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.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt XVIII SWZ: OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, Zamawiający ustalił jako jedyne kryterium cenę - 100%.

W zestawieniu pytań i odpowiedzi z dnia 16 sierpnia 2021 r. Zamawiający na pytanie nr 15 o uzasadnieniu analogicznym jak dla zarzutu 1 odwołania odpowiedział: „Zamawiający nie wprowadzi proponowanych zmian. Zamawiający nie jest Zamawiającym publicznym, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy. Zamawiający należy do grupy podmiotów wymienionych w art. 4 pkt. 3 ustawy, wobec czego ograniczenie o jakim mowa w art. 246 Pzp nie ma do Zamawiającego zastosowania.”

Ponadto, Izba ustaliła, że zgodnie z odpisem KRS Zamawiający jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, której wspólnikami są Miasto Tychy (2 014 333 udziały) oraz Powiat Bieruńsko - Lędziński (19 100 udziałów). Przedmiotem działalności spółki jest m.in. działalność szpitali.

Izba ustaliła także, że w decyzjach załączonych jako dowód do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający jest określany jako „podmiot leczniczy”.

W myśl art. 4 pkt 1-3 ustawy pzp: „Przepisy ustawy stosuje się do zamawiających publicznych, którymi są: 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869, 1622 i 1649); 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli pomioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% lub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego."

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

Artykuł 359 pkt 1 ustawy pzp stanowi: „Przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla: 1) zamówień klasycznych,

o wartości równej lub przekraczającej progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro, z uwzględnieniem zmian wynikających z niniejszego rozdziału."

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący dopatrując się naruszenia ustawy pzp w ustaleniu kryterium 100 % ceny domagał się zmiany kryterium oceny ofert, poprzez dodanie kryterium jakościowego. Nie ulega wątpliwości, że argumentacja Odwołującego w odniesieniu do zarzutu nr 1 jest w całości niezasadna, gdyż bazuje na błędnym ustaleniu faktycznym Odwołującego, że Zamawiający jest zamawiającym, o którym mowa w par. 4 pkt 1 i 2 ustawy pzp. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w przypadku ww. zamawiających publicznych możliwie jest ustalenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający określi w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Niemniej jednak, jak słusznie podnosił Zamawiający, przepis art. 246 ustawy pzp nie ma zastosowania w tym postępowaniu, ponieważ Zamawiający -

podmiot leczniczy, jakim jest spółka Megrez - nie jest zamawiającym w rozumieniu art. 4 pkt 1 i 2 ustawy pzp, nie jest bowiem jednostką sektora finansów publicznych czy też

niewchodzącą do sektora finansów publicznych państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Wspólnikami spółki Megrez są Miasto Tychy oraz

Powiat Bieruńsko - Lędziński, a przedmiotem jej działalności jest m.in. działalność szpitali. Jak wskazał Zamawiający, jest on zamawiającym o którym mowa w art. 4 pkt 3 ustawy pzp, a zatem niezobowiązanym do stosowania art. 246 ustawy pzp. Odwołujący nie stawił się na rozprawę i nie przedstawił przeciwnej argumentacji.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył wskazanych przez

Odwołującego przepisów ustawy pzp, a ustalenie ceny jedynym kryterium w postępowaniu nie było uzależnione od określenia wymagań jakościowych w opisie przedmiotu zamówienia.

Zarzut 2 odwołania naruszenia art. 431 w zw. art. 16 pkt 1 - 3, art. 17 ust. 1 pkt 1 - 2 ustawy

pzp i art. 5 oraz 353 (1) Kodeksu cywilnego (dalej jako „K.c.") w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art.

359 pkt 1 ustawy pzp, przez zastrzeżenie w § 13 projektowanych postanowień umowy prawa do wypowiedzenia i rozwiązania umowy jedynie po stronie Zamawiającego, bez zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia umowy przez wykonawcę.

Zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z paragrafem 13 wzoru umowy (załącznik nr 10 do SWZ) - Odstąpienie. Rozwiązanie umowy z uwzględnieniem zmian z dnia 6 września 2021 r.: „1. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Wykonawca ma prawo żądać jedynie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej części umowy. 2. Zamawiającemu przysługuje prawo rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, w przypadku, gdy zachodzi którakolwiek z okoliczności wymienionych poniżej: a) w sposób rażący lub uporczywy Wykonawca narusza postanowienia umowy i pomimo pisemnego wezwania o zaprzestanie naruszeń i wyznaczenia w tym celu odpowiedniego terminu, skierowanego przez Zamawiającego, nie zaprzestał tych naruszeń, b) utrata przez Wykonawcę uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy. 3. Rozwiązanie umowy na podstawie ust. 2 lub odstąpienie od umowy na podstawie ust. 1 niniejszego paragrafu nie zwalnia Wykonawcy od zapłaty kar umownych i odszkodowań. 4. Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadkach określonych w art. 456 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: a. dokonano zmiany umowy z naruszeniem art. 454 i art. 455 ustawy Prawo zamówień publicznych., b. wykonawca w chwili zawarcia umowy podlegał wykluczeniu na podstawie art. 108 ustawy Prawo zamówień publicznych, c. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, w ramach procedury przewidzianej w art. 258 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, że Rzeczypospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które ciążą na nim na mocy Traktatów, dyrektywy 2014/24/UE i dyrektywy 2014/25/UE, dyrektywy 2014/25/UE i dyrektywy 2009/81/WE z uwagi na to, że zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem prawa Unii Europejskiej. 5. Rozwiązanie lub odstąpienie od umowy, przewidziane w niniejszym paragrafie, może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia przez Zamawiającego wiadomości o okolicznościach uzasadniających odstąpienie lub rozwiązanie. 6. Rozwiązanie lub odstąpienie przez Zamawiającego od umowy na podstawie niniejszego paragrafu nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku zapłaty kar umownych przewidzianych niniejszą umową, a także nie pozbawia Zamawiającego uprawnienia do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych. 7. Uprawnienia przewidziane w niniejszym paragrafie nie ograniczają ani nie zmieniają uprawnień przysługujących Stronom, w szczególności do rozwiązania lub odstąpienia od umowy, na podstawie przepisów Kodeksu Cywilnego.”

W zestawieniu pytań i odpowiedzi z dnia 16 sierpnia 2021 r. Zamawiający na pytanie nr 16 o uzasadnieniu analogicznym jak dla zarzutu 2 odwołania odpowiedział: „Zamawiający nie wprowadzi proponowanych zmian. Przedmiot zamówienia ma szczególne znaczenie dla funkcjonowania Zamawiającego. W prowadzenie możliwości zakończenia realizacji umowy w ciągu miesiąca od złożenia wypowiedzenia stanowiłoby zagrożenie dla normalnego funkcjonowania Szpitala zamawiającego. Zamawiającemu w sposób szczególny zależy na trwałości umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania. Dlatego też umowa z wykonawcą ma zostać zawarta na okres 48 miesięcy. Wprowadzanie do umowy zawartej na czas określony możliwości wypowiedzenia jej, w dodatku bez określenia podstaw wypowiedzenia, uznać należy za postanowienie sprzeciwiające się naturze stosunku prawnego (art. 353 (1) Kodeksu cywilnego). Wskazać również należy, że podstawy wcześniejszego rozwiązania umowy, przewidziane w jej treści mają charakter wyjątkowy, sprowadzają się do podstaw wynikających z ustawy lub będących przejawem nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę.”

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy pzp: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z

dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

W myśl art. 17 pkt 1-2 ustawy pzp: „1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. 2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Artykuł 359 pkt 1 ustawy pzp stanowi: „Przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla: 1) zamówień klasycznych, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro, z uwzględnieniem zmian wynikających z niniejszego rozdziału."

Zgodnie z art. 431 ustawy pzp: „Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową", w celu należytej realizacji zamówienia."

W myśl art. 5 k.c.: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony."

Zgodnie z art. 353 (1) k.c.: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego."

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że przede wszystkim umowy w sprawie zamówienia publicznego cechuje ich trwałość, gdyż celem ich zawarcia jest należyta realizacja zamówienia publicznego. W ocenie Izby, żądanie Odwołującego wprowadzenia postanowienia umownego, zgodnie z którym wykonawca będzie mógł wypowiedzieć umowę z dowolnych przyczyn, przeczy temu celowi i zagraża interesom Zamawiającego przejawiającym się w utrzymaniu ciągłości świadczenia dla prawidłowego funkcjonowania szpitala. Obowiązek współdziałania, na który powołuje się Odwołujący ma na celu właśnie ustalenie wzajemnych praw i obowiązków pomiędzy stronami w taki sposób aby dążyć do należytej realizacji umowy. Zdaniem Izby ustalenie prawa do wypowiedzenia umowy bez ustalenia okoliczności takiego wypowiedzenia nie wpisuje się w dyspozycję przepisu, którego naruszenie zarzucił Odwołujący. Jeśli chodzi o równowagę stron to Izba zauważa, że Zamawiający przewidział ustawowe przesłanki odstąpienia od umowy - art. 456 ustawy pzp. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że przesłanki wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego mają charakter wyjątkowy, przejawiający dążenie do utrzymania prawidłowej realizacji świadczenia. Wynikają bowiem one z uporczywego nienależytego wykonania umowy bądź utracenia uprawnień do wykonywania umowy przez wykonawcę, a więc dotyczą sytuacji kiedy wykonawca udaremnia cel zawartej umowy jakim jest realizacja całości zamówienia. Ponadto, postanowienia umowne nie wykluczają prawa wykonawcy do rozwiązania umowy na zasadach ogólnych k.c., o czym stanowi par. 13 ust. 7 wzoru umowy. Izba zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy pzp wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a mianowicie zmianę projektu umowy z dnia 6 września 2021 r., w myśl której wykreślono w par. 13 ust. 2 wyrażenie „w szczególności". Wprowadzona zmiana zamknęła katalog możliwych przesłanek wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego ograniczając je do wyżej wymienionych.

Dlatego też Izba nie stwierdziła naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp

i k.c.

<u>Zarzut 3 odwołania naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy</u>

<u>pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353 (1) K.c.</u>

przez określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50% co jest wartością rażąco zaniżoną, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba ustaliła, że zgodnie z par. 5 ust. 1 umowa ma zostać zawarta na okres 48 miesięcy.

Zgodnie z paragrafem 1 ust. 10 wzoru umowy (załącznik nr 10 do SWZ): „10. Zamawiający zastrzega sobie prawo realizowania przedmiotu umowy w ilościach uzależnionych od swoich rzeczywistych potrzeb, przy czym ilość, która zostanie zrealizowana obejmuje co najmniej 50% wartości brutto niniejszej umowy określonej w § 6 ust. 1. Niepełna realizacja pozostałej części zamówienia ze strony Zamawiającego nie narusza postanowień niniejszej umowy i nie stanowi podstawy do dochodzenia przez Wykonawcę wykonania umowy w pozostałej części ani też innych roszczeń finansowych."

Zgodnie z paragrafem 1 ust. 10 wzoru umowy (załącznik nr 10 do SWZ) z uwzględnieniem zmian z dnia 6 września 2021 r.: „Zamawiający zastrzega sobie prawo realizowania przedmiotu umowy w ilościach uzależnionych od swoich rzeczywistych potrzeb, wynikających z ilości pacjentów hospitalizowanych, przy czym ilość, która zostanie zrealizowana obejmuje co najmniej 50% wartości brutto niniejszej umowy określonej w § 6 ust. 1. Niepełna realizacja pozostałej części zamówienia ze strony Zamawiającego nie narusza postanowień niniejszej umowy i nie stanowi podstawy do dochodzenia przez Wykonawcę wykonania umowy w pozostałej części ani też innych roszczeń finansowych."

W zestawieniu pytań i odpowiedzi z dnia 16 sierpnia 2021 r. Zamawiający na pytanie nr 17 o uzasadnieniu analogicznym jak dla zarzutu 3 odwołania odpowiedział: „Zamawiający, w oparciu o treść uzasadnienia pytania Wykonawcy, traktuje żądanie zastąpienia wskazania „50%" wskazaniem „20%", jako oczywistą omyłkę Wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający informuje, że nie dokona zmian w kwestionowanym przez Wykonawcę postanowieniu umowy. W świetle art. 433 pkt 4 p.z.p. nie jest zakazane wprowadzanie różnego rodzaju klauzul redukcyjnych przyznających zamawiającemu jednostronne uprawnienie do redukowania zakresu zamówienia. Co więcej, dopuszczalne jest nawet wprowadzanie klauzul pozwalających na drastyczną redukcję zakresu rzeczowego realizowanej umowy w stosunku do zakresu określonego w opisie przedmiotu zamówienia. Zakaz wyrażony w tym przepisie dotyczy przypadku, gdy zamawiający nie określa w umowie minimalnej wielkości przedmiotu umowy, której realizację gwarantuje wykonawcy (por. Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz Opublikowano: WKP 2021). Przewidziana przez Zamawiającego minimalna wartość umowy, która zostanie zrealizowana, została określona na skutek szczegółowej analizy sytuacji Zamawiającego w szczególności w związku z trwającą epidemią Covid-19. Zamawiający realizował (jako szpital jednoimienny zakaźny) i realizuje nadal zadania w ramach walki z pandemią koronawirusa, co może powodować konieczność zmian organizacyjnych w Szpitalu Zamawiającego i ograniczenia zakresu realizacji umowy. Podkreślenia jednocześnie wymaga, iż zmiany te wynikają z decyzji wydawanych przez władze państwowe."

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy pzp: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z

dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy

ustawy nie stanowią inaczej."

Artykuł 16 pkt 1 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców."

W myśl art. 433 pkt 4 ustawy pzp: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron."

Artykuł 455 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp: „Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia: 1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki: a) określają rodzaj i zakres zmian, b) określają warunki wprowadzenia zmian, c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy."

Zgodnie z art. 353 (1) k.c.: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze)

stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.”

Na wstępie Izba zaznacza, mając na względzie uzasadnienie omawianego zarzutu, iż przyjęła za Zamawiającym, że Odwołujący popełnił oczywistą omyłkę w żądaniach odwołania i uznała, że Odwołujący żądał ustalenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 80% wartości brutto umowy.

Wskazania wymaga, że przepis którego naruszenia Odwołujący się dopatruje nakazuje zamawiającemu określenie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, przy czym poziom świadczenia gwarantowanego nie został przez Ustawodawcę określony i pozostaje w gestii zamawiającego. Artykuł 433 pkt 4 ustawy pzp determinuje zatem aby postanowienia przyszłej umowy nie pozwalały zamawiającemu na nieograniczone zmniejszenie zakresu świadczenia w trakcie jego wykonywania, co przekłada się niewątpliwe na możliwości oszacowania ceny oferty przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia i zabezpieczenia jego interesów. Analizowany przepis ma na celu ochronę wykonawcy przed ewentualnymi stratami wynikającymi z konieczności zabezpieczenia kompleksowej realizacji umowy w przypadku, gdy faktyczny zakres świadczenia ulegnie drastycznemu zmniejszeniu.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, w świetle podnoszonych przez Zamawiającego okoliczności faktycznych, Izba uznała argumentację Odwołującego za niezasadną.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający określił w umowie minimalny zakres świadczenia gwarantowanego, zgodnie z dyspozycją art. 433 pkt 4 ustawy pzp. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że zapewnienie realizacji zamówienia na poziomie 50% jest przejawem nadużycia dominującej pozycji Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający przewidując możliwą, pewną wielkość świadczenia dokonał analizy realizacji zamówienia w poprzednim okresie i niezależnych od siebie okoliczności, które spowodowały zmniejszenie zakresu zapotrzebowania na przedmiot zamówienia i wiązały się ze stratami po jego stronie. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedłożył jako dowód decyzje Ministra Zdrowia, które miały wpływ na zmiany organizacyjne oraz w strukturze Zamawiającego i były związane z trwającą pandemią Covid-19. Ponadto, decyzją Prezesa Rady Ministrów Zamawiający został przekształcony w szpital jednoimienny, co miało wpływ na ilość przyjmowanych pacjentów, a w konsekwencji na ilość zamawianych posiłków. Mając na względzie, że Zamawiający nie ma wpływu na ewentualne dalsze decyzje w sprawie „liczby łóżek”, które ma zapewnić, określenie gwarantowanej realizacji świadczenia na poziomie 50% należało uznać, za postanowienie uzasadnione potrzebami Zamawiającego i zabezpieczające jego interesy. W ocenie Izby, kwestionowane uregulowane umowne nie pozostawało w oderwaniu od okoliczności je uzasadniających i tym samym nie może zostać uznane za przejaw nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego. Zamawiający zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy pzp określił minimalny zakres świadczenia, który pozwoli na ochronę interesów Zamawiającego ale również umożliwia oszacowanie oferty z uwzględnieniem ewentualnego ryzyka po stronie wykonawcy. Izba zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy pzp wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a mianowicie zmianę projektu umowy z dnia 6 września 2021 r., w myśl której Zamawiający wskazał, że ilości posiłków będą wynikały z ilości pacjentów hospitalizowanych.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów pzp oraz k.c.

Zarzut 5 odwołania naruszenia art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy pzp i w zw. z art. 353 (1) k.c., poprzez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w sposób, który sprawia, że nie będzie ona miała praktycznego zastosowania i w konsekwencji należy uznać takie zastrzeżenie za przekraczające swobodę kontraktową przez obejście przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy pzp.

Zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu nr 5 odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z par. 6 ust. 9 pkt 1 wzoru umowy: „Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy może ulec zmianie (odpowiednio obniżeniu lub podwyższeniu), w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, według następujących zasad: 1) Jeżeli wskaźnik zmiany cen usług towarów i usług konsumpcyjnych ustalany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski" (dalej: Wskaźnik) ulegnie zmianie o co najmniej 4% w okresie kolejnych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Pierwsza zmiana nastąpi nie wcześniej niż po 12 miesiącach od dnia zawarcia Umowy i będzie wyliczona jako średnia arytmetyczna ze Wskaźnika za okres poprzednich 12 miesięcy o ile Wykonawca lub Zamawiający wstąpi z wnioskiem o zmianę. Każda kolejna waloryzacja będzie możliwa po upływie 12 miesięcy od poprzedniej waloryzacji i będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze Wskaźnika za okres, który upłynął od poprzedniej waloryzacji. Zamawiający dopuszcza maksymalną zmianę wynagrodzenia o nie więcej niż 8 % w stosunku do ceny oferty."

W zestawieniu pytań i odpowiedzi z dnia 16 sierpnia 2021 r. Zamawiający na pytanie nr 19 o uzasadnieniu analogicznym jak dla zarzutu 5 odwołania odpowiedział, że dokonuje zmiany par. 6 ust. 9 pkt 1 wzoru umowy: „Jeżeli wskaźnik zmiany cen usług towarów i usług konsumpcyjnych ustalany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski" (dalej: Wskaźnik) ulegnie zmianie o co najmniej 4% w okresie kolejnych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Pierwsza zmiana nastąpi nie wcześniej niż po 12 miesiącach od dnia zawarcia Umowy i będzie wyliczona jako średnia arytmetyczna ze Wskaźnika za okres poprzednich 12 miesięcy o ile Wykonawca lub Zamawiający wstąpi z wnioskiem o zmianę. Każda kolejna waloryzacja będzie możliwa po upływie 12 miesięcy od poprzedniej waloryzacji i będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze Wskaźnika za okres, który upłynął od poprzedniej waloryzacji. Zamawiający dopuszcza maksymalną zmianę wynagrodzenia o nie więcej niż 10 % w stosunku do ceny oferty."

Zgodnie z art. 439 ust. 1, 2 i 4 ustawy pzp: „1. 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 następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. 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."

Artykuł 359 pkt 1 ustawy pzp stanowi: „Przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne

szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla: 1) zamówień klasycznych,

o wartości równej lub przekraczającej progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro, z uwzględnieniem zmian wynikających z niniejszego rozdziału."

Zgodnie z art. 353 (1) k.c.: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego."

Na wstępie Izba wskazuje, że niewątpliwie klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu.

Zauważyć należy, że Zamawiający zgodnie z art. 439 ustawy pzp przewidział w projekcie umowy wymagane klauzule waloryzacyjne. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że kwestionowane postanowienie umowne dotyczące zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia nie wypełniało normy art. 439 ustawy pzp.

Izba zwraca uwagę, że argumentacja Odwołującego sprowadzała się do ogólnego kwestionowania postanowienia umownego z par. 6 ust. 9 pkt 1 wzoru umowy i w żaden sposób nie uzasadniała żądania Odwołującego podniesienia możliwej zmiany wynagrodzenia wykonawcy o 30% w stosunku do ceny oferty. Zamawiający określił klauzulę waloryzacyjną na poziomie, który w jego ocenie zabezpieczy interesy wykonawcy oraz mieści się w możliwościach finansowych Zamawiającego. Odwołujący poza stwierdzeniem, że uzależnienie działania waloryzacji od wzrostu bądź spadku wskaźnika cen towarów i usług o aż co najmniej 4% stanowi obejście ustawy, nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających określenie tego wskaźnika na poziomie 1%. Chybione są twierdzenia Odwołującego, że sporne postanowienie nie będzie miało praktycznego zastosowania. Zamawiający określił szczegółowo warunki i procedurę zmiany wynagrodzenia. Izba zwraca również uwagę na treść art. 439 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym przez zmianę cen rozumie się zarówno ich wzrost jak i obniżenie, a więc ustalenie możliwej zmiany na zbyt wysokim poziomie może rodzić negatywne konsekwencje dla wykonawcy w przypadku obniżenia cen materiałów. Izba zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy pzp wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a mianowicie zmianę projektu umowy z dnia 16 sierpnia 2021 r., w myśl której Zamawiający dopuścił maksymalną zmianę wynagrodzenia w par. 6 ust. 9 pkt 1 o nie więcej niż 10% w stosunku do ceny oferty.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp oraz k.c.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie, a także koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 534,92 zł na podstawie spisu kosztów oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa w wysokości 17 zł.

Przewodniczący:.....