

Kraków, dnia 15 marca 2021 roku

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

**Zamawiający:** Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej  
nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu  
z siedzibą w Poznaniu  
ul. Krysiewicza 7/8, 61-825 Poznań  
KRS: 00000036220  
Tel.: +48 618506295  
FAX: + 48 618529806  
E-mail: [zampub@szoz.pl](mailto:zampub@szoz.pl)  
[www.szoz.pl](http://www.szoz.pl)

**Odwołujący:** 1. Naprzód Marketing spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
z siedzibą w Krakowie  
ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków  
KRS: 0000619424  
Tel. +48 426405777  
FAX: +48 422572816  
e-mail: [przetargi@rekeep.pl](mailto:przetargi@rekeep.pl)

reprezentowana przez pracownika – Izabelę Kozendrę  
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

**Dotyczy:** przetargu nieograniczonego na usługi społeczne o wartości zamówienia powyżej jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych na podstawie art. 3 P.z.p. „Świadczenie usług kompleksowego żywienia pacjentów SZOZnMiD w Poznaniu wraz z odbiorem odpadów kuchennych powstałych w związku z udzieleniem świadczeń zdrowotnych z grupy 20 01 08”, ogłoszonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2021 roku pod pozycją 2021/S 043-107695, numer referencyjny: ADZP-381-07/21.

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołujących – Naprzód Marketing 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 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm. - zwanej dalej „P.z.p.”):

I. **wnoszę odwołanie na projektowane postanowienia umowy;**

II. **zarzucam Zamawiającemu naruszenie:**

1. **art. 439 ust. 2 pkt 3 P.z.p. poprzez określenie w § 13 ust. 14 zd. 3-4 załącznika nr 6 do SWZ określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy w sposób niezgodny z celem tego przepisu, bowiem zmiana wynagrodzenia może nastąpić jedynie dwukrotnie, tj. w roku 2022 i 2023, a więc wykluczający waloryzację w roku 2024;**
2. **art. 431 P.z.p. poprzez zastrzeżenie w § 7 ust. 2 załącznika nr 6 do SWZ prawa Zamawiającego do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym, w przypadku stwierdzenia, że Wykonawca realizuje przedmiot umowy w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, pomimo dwukrotnego wezwania wykonawcy i**

- zakreśleniu mu terminu 24 godzin na usunięcie nieprawidłowości, w szczególności prawa zamawiającego zostało określone w sposób jednostronnie korzystny dla zamawiającego i przerzucający wszystkie ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę;
3. art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p., art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 2 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. przez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umownych maksymalnej wysokości kar umownych możliwych do nałożenia na wykonawcę przez Zamawiającego w wysokości 30% wynagrodzenia wykonawcy brutto, co jest wartością rażąco wygórowaną, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy;
4. art. 433 pkt 4 P.z.p. przez wskazanie w § 1 ust. 6 projektowanych postanowień umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazywania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron,
5. art. 431 w zw. z art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 P.z.p. i art. 5 oraz 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. przez zastrzeżenie w § 7 projektowanych postanowień umowy prawa do wypowiedzenia umowy jedynie po stronie Zamawiającego;
- III. wniosek o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany załącznika nr 6 do SWZ poprzez nadanie brzmienia odpowiednio:
1. § 13 ust. 14 zd. 3-4: „Zwaloryzowana stawka wynagrodzenia znajduje zastosowanie którym opublikowano stosowny Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w roku 2022, 2023 i 2024. Wykonawca winien złożyć do Zamawiającego wniosek w powyższym zakresie odpowiednio do końca I kwartału 2022 roku lub 2023 roku lub 2024 roku, z tym że zmiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od miesiąca, w którym został złożony ww. wniosek.”
- § 7 ust. 2: „Zamawiający zastrzega sobie prawo wypowiedzenia Umowy, ze skutkiem natychmiastowym, w przypadku stwierdzenia, że Wykonawca realizuje przedmiot Umowy w sposób rażąco wadliwy, pomimo dwukrotnego pisemnego wezwania w ciągu danego miesiąca realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawcy i zakreślenia mu terminu 7 dni na usunięcie nieprawidłowości, gdy Wykonawca:
- a) Przygotowuje lub dostarcza posiłki przygotowane niezgodnie z wymogami zamawiającego w zakresie diet;
- b) Przygotowuje lub dostarcza posiłki o zaniżonej gramaturze (nubytek powyżej 10g);
- c) Przygotowuje lub dostarcza posiłki nieświeże lub nieprzystające do spożycia z innych przyczyn;
- d) Nie zachowuje terminów realizacji usługi określonych w § 2 lit. a), b) Umowy, dwukrotnie w ciągu tygodnia kalendarzowego. Dopuszcza się opóźnienie w dostawie maksymalnie do 30 minut;
- e) Przygotowuje lub dostarcza posiłki w zniszczonych lub brudnych termosach, pojemnikach;
- f) Przygotowuje lub dostarcza posiłki w termosach/pojemnikach, które nie zapewniają szczelności mikrobiologicznej i termicznej;

- g) Przygotowuje lub dostarcza posiłki środkami transportu, które nie zostały przedstawione w ofercie przetargowej i nie zostały zgłoszone Zamawiającemu w ciągu 7 dni od dnia dokonania tej zmiany;
  - h) Nie przestrzega wymagań systemu HACCP lub innych procedur lub norm postępowania z żywnością w żywieniu zbiorowym, co zostało stwierdzone przez odpowiednie organy kontrolujące;
  - i) Z własnej winy nie odbiera odpadów żywnościowych zgodnie z harmonogramem;”
3. § 8 ust. 5: „Maksymalna wysokość kar nie może przekroczyć 10% wartości brutto umowy ustalonej w § 4 ust. 1 umowy”;
  4. § 1 ust. 6: „Ilość zamawianych posiłków będzie uzależniona od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Strony zgodnie oświadczają, iż niezrealizowanie przez Zamawiającego całości wartości Umowy nie może być podstawą do jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego, z tym zastrzeżeniem, iż Zamawiający gwarantuje wykonanie zamówienia w wysokości min. 75% wartości Umowy, o której mowa w § 4 ust. 1 Umowy. Zamawiający zastrzega, iż w przypadku zmniejszenia ilości posiłków określonej w specyfikacji:
    - a) powyżej 10% do poziomu 15% w skali miesiąca, wykonawca ma prawo naliczyć dodatkowo 15% ceny do cen wskazanych w formularzu ofertowym,
    - b) powyżej 15% do poziomu 20% w skali miesiąca, wykonawca ma prawo naliczyć dodatkowo 25% ceny do cen wskazanych w formularzu ofertowym”;
  5. § 7 – przez dodanie ust. 5 o brzmieniu: „Wykonawca ma prawo do rozwiązania umowy w drodze złożenia Zamawiającemu oświadczenia na piśmie pod rygorem nieważności, z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia, bez podania przyczyn.”

**IV. oświadczam, że Odwołujący posiada 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 postanowienia przyszłej umowy były zgodne z przepisami prawa.

### **Uzasadnienie**

W dniu 3 marca 2021 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług kompleksowego żywienia pacjentów SZOZnMiD w Poznaniu wraz z odbiorem odpadów kuchennych powstałych w związku z udzieleniem świadczeń zdrowotnych z grupy 20 01 08”. Wartość szacunkowa zamówienia jest równa lub wyższa od progów unijnych określonych na podstawie art. 3 P.z.p.

Zamawiający określił w Załączniku nr 6 do SWZ projektowane postanowienia umowy. Niektóre postanowienia projektowanej umowy są w przekonaniu Odwołującego sprzeczne z przepisami.

#### **1. Zarzut naruszenia art. 439 ust. 2 pkt 3 P.z.p.**

W postanowieniu § 13 ust. 14 załącznika nr 6 do SWZ Zamawiający określił zasadę zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający określił okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy w ten sposób, że zmiana wynagrodzenia może nastąpić jedynie dwukrotnie, tj. w roku 2022 i 2023. Tym samym Zamawiający wykluczył zmianę wynagrodzenia wykonawcy w roku 2024.

Podkreślenia wymaga, że umowa ma zostać zawarta – zgodnie z § 10 ust. 1 Załącznika nr 6 do SWZ – na okres 36 miesięcy. W § 10 ust. 3 Załącznika nr 6 do SWZ Zamawiający wskazał, że przewidywany termin świadczenia usług obejmuje okres od dnia 1 stycznia 2022 roku do dnia 31 grudnia 2024 roku.

Wyłączając możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w roku 2024, pomimo zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, Zamawiający pozbawił wykonawcę możliwości uzyskania rekompensaty kosztów związanych ze zmianą cen. Wskażnika zmiany cen, który zostanie opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w styczniu 2024 roku nie sposób przewidzieć.

Celem przepisu art. 439 P.z.p. było ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej z poszanowaniem wyrażonej w art. 431 P.z.p. zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy w celu należytej realizacji zamówienia. Przerzucanie na wykonawcę niedającego się przewidzieć ryzyka (zmiany cen materiałów w roku 2024) jest zachowaniem, któremu miała przeciwdziałać nowa ustawa P.z.p.

## 2. Zarzut naruszenia art. 431 P.z.p.

W postanowieniu § 7 ust. 2 Załącznika nr 6 do SWZ Zamawiający zastrzegł sobie prawo do „wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym, w przypadku stwierdzenia, że wykonawca realizuje przedmiot umowy w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, pomimo dwukrotnego wezwania wykonawcy i zakreśleniu mu terminu 24 godzin na usunięcie nieprawidłowości, w szczególności gdy Wykonawca:

- a) Przygotowuje lub dostarcza posiłki przygotowane niezgodnie z wymogami zamawiającego;
- b) Przygotowuje lub dostarcza posiłki o zaniżonej gramaturze;
- c) Przygotowuje lub dostarcza posiłki nieswieże lub nieprzystające do spożycia z innych przyczyn;
- d) Nie zachowa terminów realizacji usługi określonych w § 2 lit. a), b) Umowy, dwukrotnie w ciągu tygodnia kalendarzowego. Dopuszcza się opóźnienie w dostawie maksymalnie do 30 minut;
- e) Przygotowuje lub dostarcza posiłki w zniszczonych lub brudnych termosach, pojemnikach;
- f) Przygotowuje lub dostarcza posiłki w termosach/pojemnikach, które nie zapewniają szczególności mikrobiologicznej i termicznej;
- g) Przygotowuje lub dostarcza posiłki środkami transportu, które nie zostały przedstawione w ofercie przetargowej lub w przypadku jego zmiany nie poinformował o tym Zamawiającego;
- h) Nie przestrzega wymagań systemu HACCP lub innych procedur lub norm postępowania z żywnością w żywieniu zbiorowym;
- i) Nie odbiera odpadów żywnościowych zgodnie z harmonogramem,”

Prawo Zamawiającego zostało określone w sposób jednostronnie korzystny dla Zamawiającego i przeliczający wszystkie ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę. Wyznaczony termin na usunięcie uchybienia jest zbyt krótki, nie uwzględnia specyfiki zamówienia. Termin ten nie uwzględnia również potencjalnej możliwości podjęcia działań naprawczych.

I tak dla przykładowo należy wskazać, że jeśli w transporcie ulegną uszkodzeniu termosy/pojemniki, to w zasadzie nie jest możliwe dokonanie ich wymiany na nowe, z dnia na dzień. Termosów/pojemników – tak jak każdego specjalistycznego sprzętu – nie sposób kupić „od ręki”.

O ile posiłki nieświeże w sposób oczywisty są przykładem rażącej wadliwości usługi, to niezgłoszenie środka transportu nie musi prowadzić do jakiegokolwiek wadliwości usługi, stanowi jedynie sprzeczność z procedurą określoną w umowie.

Również nie każdy ubytek w gramaturze stanowi o rażącej wadliwości usługi. Winien być określony zakres, powyżej którego możliwa jest do zastosowania sankcja.

Wyżej wskazane postanowienie projektowanej umowy tylko pozornie wskazuje na wolę współpracy Zamawiającego. Całe ryzyko prawidłowego wykonania zamówienia zostało przerzucone na wykonawcę. Postanowienie to stanowi formę represji, możliwą do zastosowania niezależnie od oceny stopnia sprzeczności usługi z Umową.

**3. Zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p., art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 483 § 1 w zw. z art. 484 § 2 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p.**

Zamawiający przewidział w § 8 ust. 5 załącznika nr 6 do SWZ – projektowanych postanowieniach umownych, że Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy zapłaty kar umownych, przewidzianych w umowie, do wysokości 30% jego wynagrodzenia brutto z tytułu wykonania zamówienia.

Podkreślić w tym miejscu należy, że choć komentowane projektowane postanowienie umowne wypełnia literalnie treść art. 436 pkt 3 Pzp, to zupełnie mija się z celem tego przepisu i w istocie równie dobrze Zamawiający mógł określić pułap maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 100%, gdyż nałożenie na wykonawcę kar w łącznej wysokości 30% wynagrodzenia za wykonanie zamówienia prowadzi do utraty przez wykonawcę nie tylko całego zysku z wykonania zamówienia, ale też i sporej części poniesionych przez niego kosztów z tytułu jego realizacji, co powoduje, że finalnie to wykonawca płaci Zamawiającemu za możliwość realizacji zamówienia. Prowadzi to do całkowitego wynaturzenia stosunku prawnego, co stoi w sprzeczności z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.

Ponadto, naliczenie kar umownych w wysokości aż 30% łącznego wynagrodzenia wykonawcy świadczy też o rażącym wygórowaniu tej kwoty. „Rażące wygórowanie” kary umownej jest pojęciem niedookreślonym. Miarkując karę umowną na podstawie tej przesłanki bierze się pod uwagę różne kryteria, w szczególności stosunek wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 15 maja 2015 roku pod sygn. akt VI ACa 1937/13). Praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem darmym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty poprzez nałożenie i potrącenie kary umownej nie może być aprobowana (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 roku, sygn. akt: IV CSK 416/13). Art. 7 pkt 32 Pzp definiuje zamówienie publiczne jako umowę odpłatną, więc nie może ta umowa przewidywać braku wynagrodzenia w wypadku wykonania znacznej części zamówienia. Po drugie kara umowna powinna być stosowana jako substytut odszkodowania, a nie jako sposób na obniżenie wynagrodzenia wykonawcy. Należy wskazać na wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, gdzie w wyroku sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami obrotu gospodarczego, o czym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania zamawiający;

posrednio z przedmiotem umowy lub jej przedmiotowi wykonaniem;

‘nuamomaz masayaz qn]

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

*Projekowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

Zgodnie zaś z art. 433 pkt 4 Pzp:

W § 1 ust. 6 załącznika nr 6 do SWZ – projektowanych postanowieniach umownych Zamawiający zastrzeżł, że ilość zamawianych posilków będzie uzależniona od rzeczywistych potrzeb Zamawiającego. Strony zgodnie oświadczają, iż niezrealizowanie przez Zamawiającego całości wartości Umowy nie może być podstawą do jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego, z tym zastrzeżeniem, iż Zamawiający gwarantuje wykonanie zamówienia w wysokości min 75% wartości Umowy, o której mowa w § 4 ust 1 Umowy.

W konsekwencji, konieczne jest spełnienie przez Zamawiającego treści przepisu art. 436 pkt 3 Pzp nie w sposób literalny, ale w sposób gwarantujący wykonawcom możliwość wykonania zamówienia odpłatnie, z poszanowaniem interesu Zamawiającego w zabezpieczeniu należytego wykonania zamówienia w drodze kar umownych.

konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”). Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o wystrubowywanych wynikach ekonomicznych i zabezpieczeniu finansowym 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 („MSP”) w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy. Ponadto, ustawodawca nakazuje zamawiającym sprawzenie m. in. czy oferta nie jest rażąco niska (art. 224 Pzp), gdyż jego intencją było wyeliminowanie istniejących w zamówieniach publicznych patologii polegających na uzyskiwaniu zamówień przez wykonawców po cenach dumpingowych jedynie w celu eliminacji konkurencji, z narazieniem interesu zamawiającego jako uzyskującego zamówienie o niskiej jakości poddyktowanej nadmiernie niską ceną. Taki sam negatywny skutek zostanie osiągnięty w przypadku drastycznego obniżenia wymagrodzenia wykonawcy już po podpisaniu umowy.

przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia (co do zasady cena oferty jest uzależniona od zakresu lub wielkości świadczenia). Przy tym określenie w opisie przedmiotu zamówienia zakresu gwarantowanego nie jest wystarczające, jeśli zamawiający w projekcie umowy zastrzega możliwość zmniejszenia zamówienia na etapie jego realizacji. Zastrzeżenie prawa nieograniczonej ingerencji w ilość zamawianych dostaw (precyzyjnie wskazaną w opisie przedmiotu zamówienia), poprzez jej zmniejszenie na etapie realizacji umowy, KIO w wyr. z 2.1.2017 r. (KIO 2346/16, niepubl.) uznała za niedopuszczalny brak pewności po stronie wykonawcy co do jednego z istotnych elementów kalkulacji ceny, tj. ilości zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Izba wskazała, że zastrzeżenie takie prowadzi także do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat ilości zamawianych dostaw, zdani są na własne, różne dla każdego wykonawcy oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego. Zatem, jeśli nawet zamawiający nie jest w stanie w precyzyjny sposób określić swoich potrzeb, dla zaspokojenia których udziela zamówienia, nie może określić jedynie maksymalnej wartości zobowiązania i zastrzec, że zamówienie będzie realizować według bieżących, rzeczywistych potrzeb. Zobowiązany jest wskazać minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Zamawiający może w takim przypadku skorzystać również z instytucji prawa opcji, które pozwala na rozszerzenie zamówienia podstawowego o towarzyszące mu usługi lub dostawy. (Jaworska Marzena [red.], *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, 2021, [w]: komentarz do art. 433, pkt B.4).

Jeżeli Zamawiający zmniejsza zakres przedmiotu zamówienia, to w konsekwencji musi w SWZ określić sposób określenia świadczenia należnego wykonawcy, w przypadku zmniejszenia tego zakresu. Komentowane projektowane postanowienie umowne jedynie określa, że Zamawiający gwarantuje wykonanie zamówienia na poziomie 75% jego wartości, ale nie określa wysokości wynagrodzenia wykonawcy w związku z takim potencjalnym ograniczeniem, przez co nie określił minimalnej wysokości wynagrodzenia wykonawcy

Powyższe ma istotne znaczenie. Na skutek tak skonstruowanego postanowienia umownego wykonawca nie ma żadnej gwarancji, iż czasowe ograniczenie zakresu realizacji zamówienia nie będą miały charakteru przewlekłego, częstego albo też niespodziewanego. 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 pierwotnej wysokości ilości zamawianych posiłków, które to zasoby mogłyby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości, a środki spożywcze, magazynowane w ilości przewidzianej dla maksymalnej wartości umowy, mogą utracić datę przydatności do spożycia.

W konsekwencji, nie może być uprawnionym uzyskiwanie od wykonawcy ceny poddyktowanej skalą zamówienia, a następnie dowolne ograniczenie jego zakresu ilościowego. Ceny z formułarza ofertowego powinny być dostosowane do ograniczanej przez Zamawiającego skali zamówienia.

**5. Zarzut naruszenia art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 P.z.p. i art. 5 oraz 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p.**

W § 7 załącznika nr 6 do SWZ – projektowanych postanowieniach umownych Zamawiający przewidział uprawnienie do wypowiedzenia umowy, jednakże tylko przez Zamawiającego.

Powyższe narusza zasadę równowagi stron stosunku cywilnoprawnego, świadczący o niesymetrycznym kreowaniu uprawnień stron, nadzyciu dominującej roli Zamawiającego, a ostatecznie skutkuje dyskryminacją wykonawcy. Znajdują tu także zastosowanie uwagi podniesione w uzasadnieniu zarzutu nr 3.

Zgodnie z art. 431 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.

Wobec powyższego należało wnieść jak w *petitum* odwołania.

- W załączeniu:
1. wydruk informacji odpowiadającej opisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącego Odwołującego;
  2. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
  3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
  4. potwierdzenie przestania odwołania Zamawiającemu w terminie.