

## POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 6 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2024 r. przez wykonawcę Naprzód Catering sp. z o.o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Wielospecjalistyczny im. dr Ludwika Błażka w Inowrocławiu

### postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Naprzód Catering sp. z o.o. w Łodzi, kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% wartości kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Szpital Wielospecjalistyczny im. dr Ludwika Błażka w Inowrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę w zakresie produkcji posiłków wraz z oddaniem w najem pomieszczeń kuchni w Szpitalu Wielospecjalistycznym. Wewnętrzny identyfikator: D43/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2024 r., pod nr: 2024/S 190/584570. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 10 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Naprzód Catering Sp. z o.o. w Łodzi (dalej jako: „Odwołujący”) wobec treści sformułowanych niezgodnie z przepisami PZP, dokumentów zamówienia dotyczących prowadzonego przez Szpital postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. określenie przedmiotowych środków dowodowych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), niewłaściwe skrócenie terminu na udzielenie wyjaśnień przez Zamawiającego dotyczących SWZ, określenie w dokumentach zamówienia pozacenowego kryterium oceny oferty „Oznakowanie efektywności urządzeń” – 15%, określenie w Załączniku nr 1 do SWZ – Formularzu oferty rażąco niskiej minimalnej wartości lub wielkości świadczenia wykonawcy oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, tj. brak zawarcia w projekcie umowy – Załącznik nr 10 do SWZ, obligatoryjnego postanowienia dotyczącego zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy na podstawie art. 436 pkt 4 lit. b) PZP oraz postanowień dających wykonawcy prawo do wypowiedzenia, rozwiązania umowy pomimo zastrzeżenia takiego prawa dla Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 106 ust. 1-3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.) w zw. z art. 107 PZP w zw. z art. 7 pkt 20 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z art. 61 i art. 63 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. Nr 171, poz. 1225 ze zm.) poprzez zastrzeżenie w Rozdziale II „Wymagania stawiane wykonawcy” ust. 3 SWZ następujących przedmiotowych środków dowodowych: decyzja/protokół z kontroli wojewódzkiej/powiatowej stacji sanitarno-epidemiologicznej o zachowaniu warunków sanitarno-epidemiologicznych, aktualny arkusz oceny stanu sanitarnego zakładu żywienia zbiorowego, które to dokumenty nie służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami bądź kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia albo opisie kryteriów oceny ofert lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia oraz preferują obecnego wykonawcę, gdyż żywienie ma się odbywać na podstawie pomieszczeń kuchni najmowanych od Zamawiającego, a tylko obecny wykonawca usług żywienia u Zamawiającego dysponuje takimi dokumentami – wynajmuje pomieszczenia kuchni Zamawiającego, które to pomieszczenia są zakładem żywienia zbiorowego;
- 2) art. 135 ust. 1 i ust. 2 PZP w zw. z art. 138 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez zastrzeżenie w Rozdziale III „Informacje o

przebiegu postępowania” ust. 2 pkt 17 SWZ, że „Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie do Zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający udzieli wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie po upływie terminu, o którym mowa powyżej, lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, Zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień.” podczas gdy, w niniejszym postępowaniu nie zachodzą przesłanki określone w art. 138 ust. 2 pkt 2 PZP pozwalające na skrócenie terminów w zakresie obowiązku udzielenia wyjaśnień dot. treści SWZ przez Zamawiającego oraz terminu na wpłynięcie wniosku o wyjaśnienie treści SWZ wykonawcy, gdyż nie zachodziła pilna potrzeba udzielenia zamówienia a skrócenie terminu składania ofert nie było uzasadnione;

- 3) naruszenie przepisu art. 240 ust. 1 i ust. 2 PZP w zw. z art. 241 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP poprzez określenie w Rozdziale III „Informacje o przebiegu postępowania” ust. 5 „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert” SWZ – kryterium 3 „Oznakowanie efektywności urządzeń” – 15% bez wskazania na jakiej podstawie i w jaki sposób będzie oceniane, co powoduje, że kryterium to jest niejednoznaczne i niezrozumiałe i pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty oraz uniemożliwia weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, ponadto jest nieprzejrzyste, nieproporcjonalne oraz nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 4) art. 436 pkt 4 lit. b) PZP poprzez zaniechanie określenia w Załączniku nr 10 do SWZ – projekcie Umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podstawku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenia zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2024 r., poz. 427 ze zm.) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, podczas gdy taki obowiązek wynika z art. 436 pkt 4 lit. b) PZP;
- 5) art. 433 pkt 4 PZP w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego poprzez określenie minimalnego progu wykonania umowy w Załączniku nr 1 do SWZ – Formularzu oferty w postaci minimalnej ilości osobodni na poziomie 3050 (40% maksymalnej liczby osobodni), 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;
- 6) art. 431 w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 PZP i art. 5 oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez zastrzeżenie w § 16 Załącznika nr 10 do SWZ – projekt Umowy prawa do rozwiązania umowy jedynie po stronie Zamawiającego, bez zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia lub rozwiązania umowy przez wykonawcę.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) w zakresie zarzutu 1 – wykreślenie z katalogu przedmiotowych środków dowodowych żądanych od wykonawcy decyzji/protokołu z kontroli wojewódzkiej/powiatowej stacji sanitarno-epidemiologicznej o zachowaniu warunków sanitarno-epidemiologicznych oraz aktualnego arkusza oceny stanu sanitarnego zakładu żywienia zbiorowego,
- 2) w zakresie zarzutu 2 – zmianę ust. 2 pkt 17 w Rozdziale III „Informacje o przebiegu postępowania” SWZ przez nadanie mu następującej treści: „Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie do Zamawiającego nie później niż na 14 dni przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający udzieli wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie po upływie terminu, o którym mowa powyżej, lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, Zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień.”
- 3) w zakresie zarzutu 3 – zastąpienie kryterium „Oznakowanie efektywności urządzeń” – 15% kryterium: „Potwierdzenie jakości całodziennego zestawu żywieniowego” – 15% i wprowadzenie do SWZ następującego sposobu oceny: „Ad. 3 Potwierdzenie jakości całodziennego zestawu żywieniowego (zawartość tłuszczu, węglowodanów, białka, błonnika oraz wartość energetyczna). Ocena jakości na podstawie zaświadczenia wydanego nie wcześniej niż 12 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, przez akredytowane laboratorium żywnościowe, potwierdzającego jakość całodziennego zestawu żywieniowego w ramach danej diety szpitalnej (1 dieta = 1 zaświadczenie). Punkty zostaną przyznane według posiadanej liczby zaświadczeń wg. Zasady: Co najmniej 8 zaświadczeń dotyczących różnych diet – 15 pkt, 6-7 zaświadczenia dotyczących różnych

diet – 12 pkt, 4-5 zaświadczenia dotyczących różnych diet – 9 pkt, 2-3 zaświadczenia dotyczących różnych diet – 6 pkt, 1 zaświadczenie dotyczące różnych diet – 3 pkt, Brak zaświadczenia – 0 pkt, Zaświadczenia należy złożyć wraz z ofertą.”;

- 4)w zakresie zarzutu 4 – wprowadzenie do Załącznika nr 10 do SWZ – projektu Umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadkach określonych w art. 436 pkt 4 lit. b) PZP;
- 5)w zakresie zarzutu 5 – określenie w dokumentach zamówienia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia wykonawcy na poziomie 4550 osobodni, tj. ok 60% maksymalnego progu wykonania – 7550 osobodni;
- 6)w zakresie zarzutu 6 – wprowadzenie do § 16 Załącznika nr 10 do SWZ – projektu Umowy ust. 4 w brzmieniu: „4. Każda ze stron może wypowiedzieć umowę na usługi z zachowaniem 2 miesięcznego terminu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca.”

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu od wniesionego odwołania.

Jak uzasadnił w odwołaniu w odniesieniu do zarzutu 6 dotyczącego brzmienia § 16 projektu Umowy, Zamawiający nie przewidział uprawnień po stronie wykonawcy do odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia, a tym samym doszło do naruszenia zasady równowagi stron stosunku cywilnoprawnego i nadużycia dominującej roli Zamawiającego, a ostatecznie skutkuje to dyskryminacją wykonawcy.

W odpowiedzi z dnia 17 października 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wskazał, że zmodyfikował następujące postanowienia SWZ:

- 1)w zakresie zarzutu nr 1 – Rozdział II pkt 3 „Informacje o przedmiotowych środkach dowodowych” ppkt 5 i 7 poprzez nadanie brzmienia: „5. Decyzja/protokół z kontroli Wojewódzkiej Powiatowej Stacji Sanitarno – Epidemiologicznej o zachowaniu warunków sanitarno – epidemiologicznych z kontrolowanych pomieszczeń danego Wykonawcy w placówce, w której prowadzona jest produkcja dań gastronomicznych na potrzeby pacjentów szpitalnych 7. Aktualny Arkusz oceny stanu sanitarnego Zakładu Żywności Zbiorowej danego wykonawcy dotyczący, w której prowadzi produkcję dań gastronomicznych na potrzeby pacjentów szpitalnych.”
- 2)w zakresie zarzutu nr 2 – Rozdział III „Informacje o przebiegu postępowania” pkt 2 ppkt 17 poprzez nadanie brzmienia: „Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie do Zamawiającego nie później niż na 7 dni przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający udzieli wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynie po upływie terminu, o którym mowa powyżej, lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, Zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień.” Wyjaśnił ponadto, iż ww. termin wyznaczył zgodnie z art. 138 ust. 2 pkt 2) PZP, zaś w przepisach dyrektywy 2014/24/UE, ani w przepisach PZP nie ma regulacji, która wprost nakazywałaby konieczność publikacji stosownego uzasadnienia w ogłoszeniu o zamówieniu lub SWZ;
- 3)w zakresie zarzutu nr 3 – Rozdział III w części dotyczącej kryteriów oceny ofert poprzez wykreślenie kryterium 3. „Oznakowanie efektywności urządzeń” i nadanie postanowieniu pkt 5 następującego brzmienia: „1) Cena 70% Kryterium Cena będzie wyliczone wg wzoru: cena oferty najkorzystniejszej x 100 x 70% cena oferty badanej 2) Jakość – szkolenie personelu 30% - ) Szkolenie personelu 30 % W tym kryterium ocenie podlegać będzie szkolenie pracowników Wykonawcy biorących udział w zamówieniu dotyczące minimum sanitarnego, zmniejszenia ilości odpadów, gospodarowania i selektywnej zbiórki odpadów oraz informacji o produkcie (pochodzenie, jakość środowiskowa i społeczna produktów). Wykonawca przedstawi plan szkolenia jako załącznik do oferty, natomiast pod koniec realizacji zamówienia przedstawi instytucji zamawiającej certyfikat informujący o szkoleniu, które przeszli zarówno nowi jak i stali pracownicy. Kryterium szkolenie personelu będzie wyliczone w następujący sposób: Szkolenie przeprowadzane 1 raz w roku – 1 pkt Szkolenie przeprowadzane 2 razy w roku – 2 pkt Szkolenie przeprowadzane częściej niż 2 razy w roku (max 4) – 5 pkt Maksymalna ilość pkt do uzyskania – 5 pkt Wzór do obliczeń Ilość pkt danego oferenta x 100 x 30% Ilość największa”;
- 4)w zakresie zarzutu nr 4 – Załącznik nr 10 do SWZ – projekt umowy poprzez dodanie postanowienia o następującej treści: „1. Strony postanawiają, że dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wysokości wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian wskazanych w art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany: a) stawki podatku od towarów i usług, b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, d) zasad gromadzenia wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 roku o pracowniczych planach kapitałowych, - o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. 2. Wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia z przyczyn, o których mowa w ust. 1, wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę pisemnego wniosku. We wniosku dotyczącym zmian z

przyczyn, o których mowa w ust. 1 lit. b) – d), Wnioskodawca powinien wykazać wpływ tych zmian na koszty wykonania przedmiotu umowy, z uwzględnieniem kalkulacji kosztów pracy stanowiących podstawę do złożenia oferty oraz kosztów pracy wynikających z bieżącego i planowanego stanu zatrudnienia przy realizacji zamówienia osób wykonujących pracę na rzecz Wykonawcy. 3. W przypadku zmiany wysokości wynagrodzenia z przyczyny, o której mowa w ust. 1 lit. a), wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów. 4. W przypadku zmiany wysokości wynagrodzenia z przyczyny, o której mowa w ust. 1 lit. b), wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących przedmiot umowy do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia. W przypadku zmiany wysokości wynagrodzenia z przyczyny, o której mowa w ust. 1 lit. c), wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaki będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu zastosowania tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących przedmiot umowy na rzecz Zamawiającego. 6. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 1 lit. a) – d).”;

5) w zakresie zarzutu nr 5 – Załącznik nr 1 do SWZ – Formularz oferty poprzez wykreślenie pozycji wartości liczby osobodni w m-cu przy założeniu od 3549 do 3050 osobodni.

Odnosząc się do zarzutu 6, Zamawiający wskazał, iż nie wyraża zgody na wprowadzenie postanowienia zaprojektowanego przez Odwołującego. „Proponowany przez wykonawcę zapis dotyczy natomiast rozwiązania umowy z zachowaniem okresu wypowiedzenia, co zagraża trwałości umowy, gdyż umożliwi wykonawcy rozwiązanie umowy w każdym czasie, z przyczyn leżących wyłącznie po jego stronie.”

Następnie, pismem z dnia 30 października 2024 r., Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, iż otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu odbyło się 30 października 2024 r. o godz. 10.05, zaś Odwołujący złożył ofertę w wyznaczonym terminie. Wskazał, iż jego zdaniem, odwołanie w pozostałym zakresie, tj. co do zarzutu 6, podlega oddaleniu w związku z tym, że w formularzu ofertowym Odwołujący złożył oświadczenia o zapoznaniu się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i akceptacji wszystkich warunków w niej zawartych, jak również o braku zastrzeżeń co do postanowień zawartych we wzorze umowy stanowiącym Załącznik Nr 10 do SWZ (pkt 5) i 8) oferty).

Pismem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 4 listopada 2024 r., Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

W postępowaniu odwoławczym nikt nie zgłosił przystąpienia.

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

Odwołanie zawierało brak formalny w postaci niedołączonego pełnomocnictwa do reprezentowania odwołującego wykonawcy, potwierdzającego w szczególności uprawnienie do podpisania odwołania. Brak ten został uzupełniony w terminie wyznaczonym w wezwaniu Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przedstawił stosowne pełnomocnictwo.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

Odwołujący Naprzód Catering Sp. z o.o. przed terminem rozprawy, oświadczył na piśmie, że cofa odwołanie.

Wobec powyższego, w świetle brzmienia art. 568 pkt 1) PZP, konieczne stało się umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 520 PZP, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, zaś cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 574 PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a 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. poz. 2437 ze zm.), z których wynika, że jeżeli postępowanie zostało umorzone na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Przewodnicząca: .....