

Sygn. akt: KIO 4079/24

POSTANOWENIE
z dnia 19 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **19 listopada 2024 roku**, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 listopada 2024 roku** przez wykonawcę **Naprzód Catering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu z siedzibą w Elblągu**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz **Odwołującego - Naprzód Catering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**

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:.....

Sygn. akt KIO 4079/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu z siedzibą w Elblągu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa PZP”) pn. „Świadczenie usługi kompleksowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Wojewódzkim Szpitalu w Elblągu z jednoczesną dystrybucją posiłków, prowadzeniem stołówki oraz dzierżawą i modernizacją pomieszczeń”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 25 października 2024 roku pod numerem: 650263-2024.

W 4 listopada 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Naprzód Catering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący”). Odwołanie złożono na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego, tj.

1. niespójność zapisów w zakresie warunków udziału w postępowaniu;
2. niezgodne z prawem ograniczenie waloryzacji przewidzianej w art. 439 ust. 1;
3. brak określenia w treści załącznika nr 7 do SWZ - wzoru umowy możliwości wypowiedzenia umowy przez wykonawcę;
4. rażąco wygórowana łączna maksymalna wysokość kar umownych określonych w załączniku nr 13 do SWZ - wzorze umowy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 1 ust. 1 pkt 2) i ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 2) oraz instrukcji do odczytu tabeli 2 rozporządzenia wykonawczego (UE) 2019/1780 z dnia 23 września 2019 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych

i uchylające rozporządzenie wykonawcze (UE) 2015/1986 (eformularze) w zw. z tabelą 2 dot. pól w standardowych formularzach i ogłoszeniach wprowadzoną rozporządzeniem wykonawczym (UE) 2022/2303 z dnia 24 listopada 2022 r. zmieniającego rozporządzenie wykonawcze (UE) 2019/1780 ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp przez niezgodność ogłoszenia

o zamówieniu z SWZ polegającą na tym, że w SWZ zawarte są warunki udziału

w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, natomiast w ogłoszeniu nie ma tożsamej informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia pomimo prawnych wymogów, co powoduje naruszenie wskazanych przepisów ale także to, że postępowanie prowadzone jest w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny oraz niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2. Art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 353(1) Kodeksu cywilnego (dalej jako

„K.c.”) poprzez zastrzeżenie w § 10 ust. 8 lit c) załącznika nr 13 do SWZ – wzoru umowy na usługi, że: „nie wcześniej niż po 36 miesiącach od dnia rozpoczęcia realizacji umowy strony dopuszczają coroczną zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy o wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów (w oparciu o wskaźnik ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS za ostatni miesiąc poprzedzający zmianę). Powyższa zmiana dopuszczalna jest, jeżeli wskaźnik podany przez Prezesa GUS przekracza 5% w okresie 36 miesięcy od miesiąca zawarcia umowy,

a następnie co kolejne 12 miesięcy, przy czym maksymalne wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy nie może przekroczyć 20% brutto pierwotnej wartości umowy (za okres 84 miesięcy) w okresie jej obowiązywania. Do wyliczenia zmiany wynagrodzenia bierze się pod uwagę wyłącznie koszty poza osobowe (koszty osobowe reguluje odrębnie zapis § 5 ust. 2 lit. b). Wnioskujący o zmianę wynagrodzenia Wykonawca przedstawi projekt aneksu do umowy z dowodami wskazującymi na potrzebę zmiany, a Zamawiający zastrzega prawo, aby wysokość ewentualnej zmiany ceny była ostatecznie ustalona na drodze dwustronnych uzgodnień Wykonawcy z Zamawiającym.”, które to ograniczenie w zakresie uprawnienia do żądania waloryzacji wynagrodzenia przez Wykonawcę przewidziane w art. 439 Pzp nie wcześniej niż po 36 miesiącach od dnia rozpoczęcia realizacji umowy w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy;

3.art. 436 pkt 3 Pzp w zw. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 Kc w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c. wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w § 12 ust. 3 załącznika nr 13 do SWZ - wzoru umowy na usługi rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę w przypadku naruszenia umowy w wysokości 50 % łącznej sumy brutto zaoferowanej przez Wykonawcę w ofercie (załączniku nr 1 do SWZ);

4.art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 oraz 3531 K.c. przez zastrzeżenie w § 12 załącznika nr 13 do SWZ - wzoru umowy na usługi prawa do rozwiązania umowy jedynie po stronie zamawiającego, bez zastrzeżenia prawa do wypowiedzenia, rozwiązania umowy przez wykonawcę, co narusza zasadę równowagi stron stosunku cywilnoprawnego, świadczy o niesymetrycznym kreowaniu uprawnień stron, nadużyciu dominującej roli Zamawiającego, a ostatecznie skutkuje dyskryminacją wykonawcy.

Odwolujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

w zakresie zarzutu nr 1:

1.ujednoczenie zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia z postępowania – wprowadzenie do ogłoszenia o zamówieniu warunków udziałów w postępowaniu oraz podstaw wykluczenia wykonawcy określonych w SWZ;

w zakresie zarzutu nr 2:

1.zmianę § 10 ust. 8 lit. c) poprzez nadanie mu następującej treści: „ c) nie wcześniej niż po 6 miesiącach od dnia rozpoczęcia realizacji umowy strony dopuszczają coroczną zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy o wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów (w oparciu o wskaźnik ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS za ostatni miesiąc poprzedzający zmianę). Powyższa zmiana dopuszczalna jest, jeżeli wskaźnik podany przez Prezesa GUS przekracza 5% w okresie 6 miesięcy od miesiąca zawarcia umowy, a następnie co kolejne 12 miesięcy, przy czym maksymalne wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy nie może przekroczyć 20% brutto pierwotnej wartości umowy (za okres 84 miesięcy) w okresie jej obowiązywania. Do wyliczenia zmiany wynagrodzenia bierze się pod uwagę wyłącznie koszty poza osobowe (koszty osobowe reguluje odrębnie zapis § 5 ust. 2 lit. b). Wnioskujący o zmianę wynagrodzenia Wykonawca przedstawi projekt aneksu do umowy z dowodami wskazującymi na potrzebę zmiany, a Zamawiający zastrzega prawo, aby wysokość ewentualnej zmiany ceny była ostatecznie ustalona na drodze dwustronnych uzgodnień Wykonawcy z Zamawiającym.”

w zakresie zarzutu nr 3:

1.zmianę § 12 ust. 3 załącznika nr 13 do SWZ - wzoru umowy na usługi poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „3. Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 20% określonej w zał. Nr 1 do SWZ (formularz ofertowy)”

w zakresie zarzutu nr 4:

1.wprowadzenie do § 12 załącznika nr 13 do SWZ - wzoru umowy na usługi ust. 5

o następującej treści: „5. Niniejsza Umowa może zostać wypowiedziana przez każdą ze Stron z zachowaniem 1 miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego”

Odwolujący oświadczył, że 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 postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 października 2024 r., zatem Odwołujący dotrzymał terminu na wniesienie odwołania. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wskazany w treści złożonego odwołania.

Do momentu wydania niniejszego postanowienie w aktach postępowania nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron.

Odwołujący, w dniu 15 listopada 2024 roku, przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy przed Izbą na 21 listopada 2024 roku, złożył oświadczenie

o wycofaniu odwołania w całości. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu Wykonawcy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało dzień przed datą, na którą został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania ale przed jej otwarciem, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

Przewodnicząca:

.....