

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 10 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w dniu 10 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2024 r. przez wykonawcę Naprzód Catering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Międzyzleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Naprzód Catering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczonego 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:

Sygn. akt: KIO 2151/24

Uzasadnienie

Zamawiający Międzyzleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów z dzierżawą pomieszczeń Zamawiającego na okres 36 miesięcy”. Wartość zamówienia jest wyższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 7 czerwca 2024 r. pod numerem nr 338479-2024.

W dniu 20 czerwca 2024 r. wykonawca Naprzód Catering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi wniósł na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie na:

I. niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.

1. określenie w dokumentach zamówienia pozacenowego kryterium oceny ofert - "Przewidywany średni dzienny koszt surowców („wsad do kotła")" o wadze 40% ;
2. sprzeczność zapisów ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) oraz odpowiedzi na pytania z dnia 17 czerwca 2024 roku w zakresie minimalnego kosztu wsadu do kotła;
3. sprzeczność zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w zakresie zastrzeżonych fakultatywnych podstaw wykluczenia;
4. zastrzeżenie w § 1 ust. 3 załącznika projektu umowy rażąco wygórowanej możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego;
5. zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. art. 16 pkt 1)-3) ustawy Pzp poprzez określenie XV Specyfikacji Warunków Zamówienia sposobu oceny kryterium "Przewidywany średni dzienny koszt surowców („wsad do kotła")" o wadze 40% w ten sposób, że wzór na punktację w tym kryterium polega na podstawieniu najniższego zaproponowanego średniego dziennego wsadu do kotła i podzielenie go przez wartość średniego dziennego wsadu do kotła oferty ocenianej podczas gdy powinno być to odwrotne działanie matematyczne, co powoduje, że kryterium to jest niejednoznaczne, nieweryfikowalne i niezrozumiałe oraz nieprzejrzyste i promuje oferty z zaproponowanym najniższym średnim dziennym wsadem do kotła zamiast z najwyższym, co uniemożliwia weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.
2. Art. 134 ust. 1 pkt 18) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) ustawy Pzp poprzez określenie w SWZ, że kwota netto wsadu do kotła 20,5 zł netto otrzymuje 0 pkt podczas gdy w odpowiedziach na pytanie z dnia 17 czerwca 2024 r. wskazano, że minimalny koszt wsadu do kotła kwotowo wynosi 19,35 zł co powoduje, że postępowanie nie jest prowadzone w sposób przejrzysty i powoduje, że tak naprawdę nie wiadomo jak kwotowo należy określić minimalny punktowany wsad do kotła w kryterium „Przewidywany średni dzienny koszt surowców („wsad do kotła")", gdyż Zamawiający nie zmodyfikował

dokumentów zamówienia w tym zakresie;

3. art. 134 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) ustawy Pzp poprzez określenie w dokumentach zamówienia sprzecznych zapisów dotyczących fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania tj. ogłoszenie o zamówieniu przewiduje wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 oraz 5 ustawy Pzp natomiast SWZ art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 3 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ustawy Pzp, co powoduje, że postępowanie nie jest prowadzone w sposób przejrzysty i powoduje, że tak naprawdę nie wiadomo jakie są fakultatywne przesłanki wykluczenia Wykonawcy;

4. art. 433 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. w zw. z art. 16 pkt 1)-3) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. przez określenie w § 1 ust. 3 projektu umowy - minimalnego progu wykonania umowy w taki sposób, że Minimalna wartość realizacji zamówienia wynosi 50%, o ile umowa nie ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu, 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;

5. art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) 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. poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę co oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy znacznej części wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności, ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i wprowadzenie opisanych w odwołaniu zmian. Wnosił również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od wniesionego odwołania.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i po stronie Odwołującego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

W dniu 9 lipca 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o:

- 1.odrzucenie odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 20.06.2024 r., tj. 13 dni od opublikowania ogłoszenia;
- 2.obciążanie Odwołującego kosztami postępowania;
- 3.zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez r.pr. R.C..

II.W razie uznania, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania, Zamawiający wnosił o:

- 1.odalenie odwołania w całości,
- 2.obciążenie Odwołującego kosztami postępowania,
- 3.zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego; w tym kosztów zastępstwa przez r.pr. R.C.;
- 4.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
 - a)informacji o zmianie ogłoszenia z dnia 10 czerwca 2024 r. - fakt dokonania wyłącznie zmiany terminu obowiązywania Umowy w dniu 10 czerwca 2024 r., terminu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w dniu 07.06.2024 r., wniesienia przez Odwołującego odwołania po terminie;
 - b)tj. wyjaśnień Zamawiającego z dnia 17 czerwca 2024 r. - na fakt udzielenia przez Zamawiającego jednoznacznych wyjaśnień i odpowiedzi na zadane pytania, bezpodstawności zarzutów zawartych w odwołaniu.

W dniu 9 lipca 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Odwołującego, w którym oświadczył on, że cofa odwołanie wniesione w dniu 20 czerwca 2024 r.

Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania, które zostało podpisane przez osobę umocowaną do podjęcia tej czynności, a jak stanowi art. 520 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437):

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości 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; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodnicząca: