Sygn. akt: KIO 1469/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 15 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**, w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **NIRO Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Optima Care Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Optima Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy **Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1469/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej progów unijnych pn: „Świadczenie usług kompleksowego sprzątania i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracji, utrzymania terenów zielonych, transport wewnętrzny, współdziałanie z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentami oraz najem pomieszczeń służących realizacji usługi", numer referencyjny: FZP.III-241/32/24.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejw dniu 16 kwietnia 2024 roku pod numerem 224085-2024, numer wydania Dz. U. S: 75/2024.

W dniu 26 kwietnia 2024 r. wykonawca Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dotyczących:

1. określenie pozacenowego kryterium oceny ofert;

2. zaniechanie określenia w załączniku nr 4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) projekcie umowy minimalnego progu wykonania Umowy – minimalnego świadczenia Wykonawcy zgodnie z treścią art. 433 pkt 4) Pzp;

3. ograniczenie w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany stawki podatku 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 ubezpieczenie 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 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. Poz. 1079) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (art. 436 pkt 4 lit b) Pzp) oraz zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;

4. zaniechanie określenia w w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy kwoty jaką Wykonawca będzie musiał uiścić za zużyte media tym samym uzależniając wartość opłaty za media od konieczności przedstawienia liczby pracowników zatrudnianych przy wykonywaniu umowy oraz liczby i rodzaju sprzętu używanego do wykonania umowy, co powoduje, że Zamawiający będzie jednostronnie kształtował wysokość świadczenia Wykonawcy tytułem kosztów za media, co stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu – Zamawiającego;

5. zastrzeżenie w w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych jaką może naliczyć Zamawiający Wykonawcy;

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 241 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp w zw. z w zw. art. 16 pkt 1 Pzp poprzez określenie kryterium pozacenowego (jakościowego) o wartości 40% w postaci ilości maszyn szorująco-zbierających przeznaczonych do realizacji usługi o wadze 40 % ocenianego na podstawie deklaracji Wykonawcy w Formularzu jako stanowiące obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne i pozostawia zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie określenia w załączniku nr 4 do SWZ – projekcie umowy minimalnego progu wykonania umowy pomimo możliwości jednostronnego zmniejszenia zakresu świadczenia Wykonawcy przez Zamawiającego, 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;

3.art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp w zw. z art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 k.c. poprzez ograniczenie w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku 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 ubezpieczenie 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 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. Poz. 1079) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (art. 436 pkt 4 lit b) Pzp) oraz zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (art. 439 ust. 1 Pzp) do wysokości 10% wynagrodzenia w ujęciu brutto z § 9 ust. 1, co jest wartością rażącą oraz stanowi nieuprawnione (niezgodne z prawem) ograniczenie waloryzacji na podstawie art. 436 pkt 4) lit b) Pzp oraz art. 439 ust. 1 Pzp.

4.art. 431 Pzp w zw. z art. 436 pkt 2) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w zw z art. 8 Pzp w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 3531 k. c. poprzez zaniechanie określenia w załączniku nr 4 do SWZ - projekcie umowy kwoty jaką Wykonawca będzie musiał uiścić za zużyte media tym samym uzależniając wartość opłaty za media od konieczności przedstawienia liczby pracowników zatrudnianych przy wykonywaniu umowy oraz liczby i rodzaju sprzętu używanego do wykonania umowy, co powoduje, że Zamawiający będzie jednostronnie kształtował wysokość świadczenia Wykonawcy tytułem kosztów za media, co stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu – Zamawiającego.

5.art. 436 pkt 3) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp. w zw. art. 8 ust. 1 Pz.p. w zw. z art. 7 pkt 32 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 zawarcie w załączniku nr 4 do SWZ - Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy, w wysokości 50%, która to wartość już w momencie zawarcia umowy będzie rażąco wygórowana, bowiem 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.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosiło uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

w zakresie zarzutu nr 1:

a.określenie w dokumentach zamówienia kryterium pozacenowego (jakościowego), którego sposób oceny będzie dokonywany w sposób jednoznaczny i zrozumiały i niepozostawiający Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty

proponujemy zamiast kryterium ILOŚĆ MASZYN SZORUJĄCO – ZBIERAJĄCYCH przeznaczonych do realizacji usłu 40 punktów wprowadzenie do dokumentów zamówienia następującego Kryterium: Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny w zakresie świadczenia usług utrzymania czystości ze specjalnością dotyczącą szpitali – 40% - 40 Punktów

sposób oceny:

„Certyfikat Gwarant czystości i Higieny w zakresie świadczenia usług utrzymania czystości ze specjalnością dotyczącą szpitali – 40 pkt

- załączenie dokumentu do oferty - 40 pkt

- brak certyfikatu w ofercie – 0 pkt”

w zakresie zarzutu nr 2:

wprowadzenie do załącznika nr 4 do SWZ - projektu umowy zapisu dotyczącego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron

proponujemy nadanie ust. 14 § 9 załącznika nr 4 do SWZ - Projektu umowy następującej treści: "14. W przypadku zmiany polegającej na ograniczeniu w danym miesiącu umówionego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia wynagrodzenie, o którym mowa w niniejszym paragrafie ulegnie obniżeniu o kwotę wynikającą z przemnożenia właściwej, zryczałtowanej jednostkowej ceny usługi, oraz faktycznej ilości powierzchni oraz/lub łóżek zmniejszonej do wykonania usługi. Minimalna gwarantowana wielkość zamówienia wynosi 90% wynagrodzenia brutto wykonawcy określonego w §9 ust. 1 projektu umowy"

w zakresie zarzutu nr 3:

wykreślenie treści § 9 ust. 17 załącznika nr 4 do SWZ – projektu umowy.

w zakresie zarzutu nr 4:

wykreślenie zapisu §9 ust. 20 załącznika nr 4 do SWZ - projektu Umowy i określenie w projekcie umowy ryczałtowej kwoty jaką Wykonawca będzie musiał ponieść w związku z kosztami zużycia energii elektrycznej oraz innych mediów.

w zakresie zarzutu nr 5:

zmianę § 12 ust. 15 załącznika nr 4 do SWZ - wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: "Łączna wysokość kar umownych, których zapłaty może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy nie może przekroczyć 20% wartości brutto umowy”.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Naprzód Hospital spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 maja 2024 r. (pismo z dnia 20 lutego 2024 r.) uwzględnił odwołanie w części w zakresie zarzutów nr 2, nr 3 odnośnie zapisów dotyczących waloryzacji umowy zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP oraz zarzutu nr 5.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca NIRO Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Optima Care Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Optima Cleaning Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego.

Przystępujący NIRO Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie odwołania. Jednocześnie w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w części w zakresie zarzutów nr 2, nr 3 odnośnie zapisów dotyczących waloryzacji umowy zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b ustawy PZP oraz zarzutu nr 5, Przystępujący NIRO Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego powyższych zarzutów.

Przystępujący Optima Care Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz Optima Cleaning Spz o. o. z siedzibą we Wrocławiu pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2024 r. (pismo z dnia 13 maja 2024 r.) cofnął przystąpienie co do zarzutów nr 2, 3, 5 i jednocześnie podtrzymał przystąpienie co do zarzutów nr 1 i 4.

Przed otwarciem rozprawy, oświadczeniem złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2024 r. (pismo z dnia 14 maja 2024 r.), Odwołujący cofnął odwołanie w całości wniesione w dniu 26 kwietnia 2024 r.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że w sytuacji 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.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……