Sygn. akt: KIO 496/25

WYROK

Warszawa, dnia **10 marca 2025 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2025 r. przez wykonawcę **Naprzód Catering sp. z o.o. w Łodzi**
w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **ADK Serwis sp. z o.o. w Warszawie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Naprzód Catering sp. z o.o. w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy), poniesioną przez odwołującego tytułem opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa, kwotę **356 zł 50 gr** (słownie: trzysta pięćdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie Izby,
   2.2. zasądza od **Instytutu Psychiatrii i Neurologii w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Naprzód Catering sp. z o.o. w Łodzi** kwotę **18 973 zł 50 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby, opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

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 496/25

U z a s a d n i e n i e

Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie , zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie kompleksowej usługi całodziennego żywienia pacjentów w Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 maja 2024 r., Dz.U. S: 86/2024, nr 261442-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 10 lutego 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Naprzód Catering sp. z o.o. w Łodzi, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 5 i 6 Pzp w zw. z art. 457 Pzp oraz 458 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2)-3) Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1) i ust. 2 Pzp przez unieważnienie postępowania z powodu zmiany przepisów związanych z programem pilotażowym "Dobry posiłek w szpitalu" tj. przedłużeniem programu do dnia 30 czerwca 2025 r. rozporządzeniem Ministra Zdrowia zmieniającym rozporządzenie w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach - "Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U.2024 poz. 1924), które weszło w życie w dniu 24 grudnia 2024 r. tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz z tego powodu, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, choć w rzeczywistości:

- nie wystąpiła wada, na którą się powołuje zamawiający, gdyż dostosowanie umowy do programu pilotażowego „Dobry Posiłek” dopuszczalne jest na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1) oraz art. 455 ust. 2 Pzp albo zamawiający może przeprowadzić dodatkowe odrębne postępowanie przetargowe na usługi żywienia objęte programem pilotażowym

„Dobry Posiłek” tzn. postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć – przedłużenie programu pilotażowego „Dobry Posiłek” do dnia 30 czerwca 2025 i brak jego zawarcia w dokumentach postępowania nie jest istotną okolicznością powodującą, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2)dokonania czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3)dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca ADK Serwis sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, załączniki do pism procesowych, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Art. 255 pkt 5 Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.*

Art. 255 pkt 6 Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Art. 455 ust. 1 Pzp stanowi, że *Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia:*

1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

a) określają rodzaj i zakres zmian,
b) określają warunki wprowadzenia zmian,
c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Art. 455 ust. 2 Pzp stanowi, że *Dopuszczalne są również zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10 % wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15 %, w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy*

Art. 457 ust. 1 Pzp stanowi, że *Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:*

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową

ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Art. 457 ust. 5 Pzp stanowi, że *Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. − Kodeks cywilny.*

Art. 458 Pzp stanowi, że *Zmiana umowy podlega unieważnieniu, jeżeli została dokonana z naruszeniem art. 454 i art. 455. W takim przypadku stosuje się postanowienie umowne w brzmieniu obowiązującym przed tą zmianą.*

Ustalono, że zamawiający wszczął postępowanie 2 maja 2024 r. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi całodziennego żywienia pacjentów w Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie.

Ustalono także, że we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do specyfikacji warunków zamówienia zamawiający przewidział m.in.:

§ 3

CZAS TRWANIA UMOWY

1.Umowa zostaje zawarta na okres 36 miesięcy, licząc od dnia podpisania umowy. Umowa wygasa z dniem wyczerpania maksymalnego wynagrodzenia, o którym mowa w § 8.

2.Wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usługi nie później, niż w dniu następującym po dacie zakończenia jej świadczenia przez dotychczasowego Wykonawcę, tj. od dnia 1.07.2024 r.

(por. wzór umowy, załącznik do SWZ).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert, to jest do 21 maja 2024 r., do zamawiającego wpłynęły oferty odwołującego z ceną brutto 25.515.777,60 zł i przystępującego z ceną brutto 25.891.844,40 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 26.317.580,00 zł brutto.

(por. informacja o ww. kwocie, w aktach sprawy).

Następnie ustalono, że 31 stycznia 2025 r., pismem z 29 stycznia 2025 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 5 i pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał m.in., co następuje:

Postępowanie przetargowe zostało przygotowane z uwzględnieniem aktualnych na dzień sporządzania Opisu Przedmiotu Zamówienia i obowiązujących przepisów, dotyczących zasad sporządzania posiłków w podmiotach prowadzących szpitale, w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej. Jednak po terminie składania ofert, nastąpiła zmiana przepisów dotyczących tych zasad, co spowodowało, że aktualnie prowadzone Postępowanie zarówno nie leży w interesie publicznym, jak i obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (podstawa unieważnienia to art. 255 ust. 1 pkt 6 oraz pkt 5 ustawy PZP).

W celu pełnego zobrazowania wskazanej wady, należy wskazać na chronologię czynności dokonywanych przez Zamawiającego, oraz zmieniających się aktów prawnych dotyczących zasad żywienia w szpitalach. W dokumentach Postępowania określono, że umowa z Wykonawcą miała być realizowana od dnia 01 lipca 2024 roku, co wynika z treści SWZ (wzoru umowy), tj. § 3: „Wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia świadczenia usługi nie później, niż w dniu następującym po dacie zakończenia jej świadczenia przez dotychczasowego Wykonawcę, tj. od dnia 1.07.2024 r." Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach -- „Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U. z 2023 r. poz. 2021, z późn. zm.), dalej „Rozporządzenie", wskazywało, jako termin obowiązywania programu do 30 czerwca 2024 roku i do tego dnia też Zamawiający miał zawartą z NFZ ww. umowę w zakresie realizacji tego programu pilotażowego. W związku z tym w dokumentach Postępowania, tj. w SWZ przygotowano zarówno umowę, jak i OPZ, z wyłączeniem obowiązków wynikających ze wskazanego pilotażu.

Następnie już po ogłoszeniu zamówienia i co najistotniejsze po terminie składania ofert, nastąpiła zmiana ww. Rozporządzenia i dnia 28 czerwca 2024 r. opublikowano rozporządzenie Ministra Zdrowia zmieniające rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach - „Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U. z 2024 r. poz. 940, z późn. zm.), w którym przedłużono obowiązywanie programu pilotażowego do 31 grudnia 2024 roku. Następnie dnia 24 grudnia 2024 r. opublikowano kolejne rozporządzenie Ministra Zdrowia zmieniające rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach -- „Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U. z 2024 r. poz. 1924, z późn. zm.) w którym po raz kolejny przedłużono obowiązywanie programu pilotażowego do 30 czerwca 2025 roku.

Uzasadnienie prawne art. 255 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP:

Zgodnie z dyspozycją art. 255 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Zamawiający ustalił, że:

1) istnieją uzasadnione podstawy do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 5 ustawy PZP, bowiem OPZ był przygotowany należycie, z uwzględnieniem aktualnego stanu prawnego na dzień jego sporządzenia, a „reguły gry" zmieniły się w trakcie trwania przedmiotowego Postępowania z uwagi na zmiany wprowadzone przez ustawodawcę, co nie było możliwe do przewidzenia przez Zamawiającego;

2) zmiana przepisów prawa w toku prowadzonego Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma istotny wpływ na OPZ i realizację przedmiotu umowy a zaistniałej podstawy do unieważnienia nie można usunąć lub sanować poprzez zmianę warunków SWZ, ponieważ takie działanie stoi w sprzeczności z ustawą PZP i eliminowałoby Wykonawców, już po złożeniu i otwarciu ich ofert;

3) obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie pkt 5 komentowanego przepisu jest uwarunkowany kumulatywnym spełnieniem wszystkich przesłanek, tj. wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, oraz istotnej zmiany okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć. Zmiana okoliczności ma stanowić warunek niezbędny (conditio sine qua non) zaprzestania kontynuacji postępowania lub wykonania zamówienia. Jest to bowiem takiej natury zmiana, że nikt działający racjonalnie nie byłby jej w stanie przewidzieć przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro tak, może polegać na odpadnięciu warunków istniejących w momencie wszczęcia postępowania, powstaniu nowych, dotychczas nieistniejących okoliczności albo takich, których rozwoju nie dało się przewidzieć.

W niniejszym stanie faktycznym okolicznością taką, której nie dało się przewidzieć przed wszczęciem Postępowania jest zmiana stanu prawnego, wprowadzona przez ustawodawcę, która w powiązaniu z zawartą pomiędzy Zamawiającym a NFZ umową Nr 07R-1-00087-18-19-2023-2024 (070001044230623) o realizację programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach – "Dobry posiłek w szpitalach" (źródło finansowania programu pilotażowego), dalej „Umowa" lub „umowa", wprowadzała obowiązek realizacji programu w okresie od 11.10.2023 r. do dnia 30.06.2024 r.

Kolejne poniżej cytowane zmiany Rozporządzenia przedłużyły obowiązek realizacji zasad programu pilotażowego na kolejne okresy, co istotnie wpływa na sposób określenia przez Zamawiającego obowiązków Wykonawcy wskazanych w OPZ prowadzonego Postępowania;

4) okoliczności wskazane w art. 255 pkt 5 ustawy PZP zaistniały, mają charakter trwały oraz nieprzewidywalny w chwili wszczęcia niniejszego Postępowania. Zamawiający zachowując należytą staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie Postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W przepisach Prawa zamówień publicznych brak jest pojęcia interesu publicznego. Nie jest ono również definiowane w innych, powszechnie obowiązujących przepisach prawnych. Wobec tego zasadne jest odwołanie się m.in. do uchwały TK z 12.03.1997 r., W 8/96, OTK 1997/1, poz. 15, w której określono, że za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego.

Poza tym termin „publiczny" wskazuje na konieczność kierowania się dobrem ogólnym, a nie indywidualnym. Wobec tego istotą interesu publicznego są przede wszystkim wartości podstawowe, a pojęcie to może mieć wymiar ekonomiczny, polityczny lub prawny.1

W niniejszym Postępowaniu przedmiot umowy jest finansowany ze środków pochodzących z budżetu państwa. Zamawiający w oparciu o zawartą umowę z NFZ jest zobowiązany wydatkować przyznane środki w sposób i na zasadach określonych przez NFZ. W przeciwnym wypadku Zamawiający naraża się na zarzut wydatkowania środków publicznych niezgodnie z przepisami prawa (Rozporządzenie) oraz w sposób sprzeczny z Umową. Obecnie powyższe nie jest możliwe do wykonania, ponieważ OPZ przedmiotowego Postępowania nie uwzględnia wprowadzonych następczo zmian przepisów prawa. (…).

5) jak pokazuje zaistniała sytuacja, powyższa zmiana istotnych okoliczności, niemożliwych do przewidzenia przez Zamawiającego stanowi jednoznaczną przesłankę do stwierdzenia, że dalsze prowadzenie Postępowania i wykonanie przedmiotu zamówienia na wskazanych warunkach nie leży w interesie publicznym.

W przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający, kierując się interesem publicznym i wyrażonym w ustawie o finansach publicznych nakazem gospodarnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych, które powinny być przeznaczone na realizację celowych i racjonalnie uzasadnionych działań, zdecydował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 5 ustawy PZP.

Unieważnienie postępowania jest czynnością dokonywaną obligatoryjnie przez Zamawiającego w przypadku ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 255 ustawy PZP, a w tym przypadku z taką okolicznością mamy do czynienia (art. 255 pkt 5).

Artykuł 255 ustawy PZP ma zastosowanie do wszystkich trybów, w których prowadzone jest postępowanie, i jest niezależny od formy prowadzenia postępowania (pisemnej lub elektronicznej), a także niezależny od jego wartości.

Zatem przygotowany przez Zamawiającego OPZ jest nieadekwatny do realizacji obowiązków wynikających z przystąpienia przez Zamawiającego do programu pilotażowego, a zatem realizacja tego przedmiotu zamówienia w kształcie wynikającym z OPZ bez ujęcia obowiązków wynikających z przystąpienia do realizacji do programu pilotażowego nie leży w interesie publicznym, w szczególności w zakresie jakości posiłków wymaganych dla pacjentów szpitali. Realizacja również posiłków niezgodnie z wymogami Rozporządzenia prowadziłaby do możliwości naliczenia kar umownych przez Narodowy Fundusz Zdrowia, wobec zawarcia postanowień w umowie z NFZ odnoszących się do niewykonania programu pilotażowego w: § 6. „1. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, z przyczyn leżących po stronie realizatora pilotażu, Fundusz może nałożyć na realizatora pilotażu karę umowną.

W tym miejscu podkreślić należy, że pomimo nazwy, że jest to program pilotażowy, Zamawiający nie miał możliwości odmowy udziału w tym programie, ponieważ przeważająca liczba szpitali o wielkości i zasięgu podobnym do szpitala prowadzonego przez Zamawiającego, stosuje zasady tego programu. Brak uczestnictwa w programie mógłby być uznany za działanie na szkodę pacjentów, którzy bez uzasadnionej przyczyny otrzymywaliby standard i jakość posiłków na niższym poziomie, niż w innych placówkach, pomimo możliwości pozyskania na ten cel finansowania.

2. W przypadku rozwiązania umowy na realizację pilotażu z przyczyn leżących po stronie realizatora pilotażu przed terminem określonym w § 4 pkt 2 rozporządzenia, Fundusz może nałożyć na realizatora pilotażu karę umowną w wysokości do 4% kwoty zobowiązania wynikającego z umowy.

3. Kary umowne, o których mowa w ust. 1 - 2, nakładane są w trybie i na zasadach określonych w Ogólnych warunkach umów."

Po otwarciu ofert, w toku wykonywania czynności badania ofert, wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie Postępowania lub wykonanie przedmiotu zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, albowiem powyższe zmiany legislacyjne nie wynikają z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i nie były poprzedzone konsultacjami z Zamawiającym.

Uzasadnienie prawne art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP:

Opis przedmiotu zamówienia, a zatem złożone oferty, nie obejmują obowiązku sporządzania posiłków zgodnie z zasadami wynikającymi z rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach -- „Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U. z 2023 r. poz. 2021, z późn. zm.), a zatem ewentualne zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego objętego niniejszym Postępowaniem, powodowałoby konieczność jednoczesnego aneksowania umowy z wybranym wykonawcą, w celu uzyskania zamówienia na dostawę żywności z uwzględnieniem zasad sporządzania tzw. „dobrego posiłku" w rozumieniu wskazanego wyżej Rozporządzenia. Natomiast projekt umowy, jak i SWZ nie przewidywał możliwości dokonywania zmiany umowy pierwotnej, poprzez zmianę zakresu świadczeń wykonawcy, w celu dostosowania usługi żywieniowej, w tym sporządzanych diet, zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach -- „Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U. z 2023 r. poz. 2021, z późn. zm.). Zmiana zatem taka, powodowałaby, że umowa obarczona byłaby wadą naruszenia art. 455 ustawy PZP, co skutkowałoby możliwością jej unieważnienia zgodnie z przepisem art. 458 ustawy PZP.

Prawidłowe zatem sporządzenie SWZ, przy nagłych i zmieniających się oczekiwaniach ustawodawcy, co do jakości posiłków dostarczanych pacjentom szpitali, w tym przedłużanie programu „dobry posiłek" na okresy często półroczne, musi opierać się zatem na założeniu i przyjęciu prawa opcji co do dostarczania posiłków w ramach tzw. „Dobrego posiłku". Powyższe spowoduje, że w okresie gdy nie będzie obowiązywał tzw. „dobry posiłek" Zamawiający będzie uzyskiwał dostawy żywność bez opcji, natomiast w okresie jego obowiązywania będzie mógł dokonać zamówienia dodatkowych usług żywieniowych w ramach opisanych opcji. Powyższe pozwoli na zawarcie umowy, która nie wymagałaby dokonywania zmian, jednocześnie umożliwiając potencjalnym wykonawcom złożenie ofert, które będą mogły być porównywalne zarówno w ramach zamówienia podstawowego, jak i w ramach opcji dostaw zgodnych z tzw. „Dobrym Posiłkiem". (…)

W niniejszym postępowaniu fakt istnienia wady w postaci niezgodnego z obowiązującymi przepisami opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), nie może być w żaden sposób sanowany, a ewentualne dokonanie zmiany umowy po jej podpisaniu, mogłoby skutkować unieważnieniem takiej zmienionej umowy, zgodnie z dyspozycją art. 458 ustawy PZP.

W niniejszym Postępowaniu nie ujęto w dokumentach zamówienia obowiązków wynikających z Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach -- „Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U. z 2023 r. poz. 2021, z późn. zm.).

Zatem wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania. Przesłanka unieważnienia z art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP odwołuje się nie tylko do podstaw zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy PZP, ale również do innych wad postępowania, z powodu których

Prezes UZP jest upoważniony do wystąpienia z powództwem o unieważnienie umowy (np. wyr. KIO z 27.5.2014 r., KIO 914/14, Legalis; wyr. KIO z 12.11.2019 r., KIO 2176/19, Legalis). Tak więc katalog wad postępowania mogący skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP jest katalogiem otwartym. Jednak możliwość zastosowania art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP będzie miała miejsce tylko w sytuacji kumulatywnego wystąpienia przesłanek w nim wskazanych, czyli zmiana powinna nastąpić po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie mając charakter realny, a nie potencjalny. W niniejszej sprawie zmiana okoliczności nastąpiła po dniu wyznaczonym na składanie ofert i ma ona realny wpływ na prowadzone postępowanie przetargowe, co musi powodować reakcję Zamawiającego, w postaci konieczności jego unieważnienia i przygotowania z uwzględnieniem nowych okoliczności prawnych.
(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).
Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Jak wynika z ww. przepisu, aby unieważnić postępowanie na jego podstawie konieczne jest spełnienie łącznie wszystkich przesłanek z niego wynikających:

a)wada niemożliwa do usunięcia,

b)uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Obowiązek wykazania wszystkich przesłanek wynikających z tego przepisu spoczywa zaś na zamawiającym.

W ocenie izby zamawiający nie wykazał, aby postępowanie było obarczone jakąkolwiek wadą.

Zamawiający upatrywał wady prowadzonego przez siebie postępowania w tym, że opis przedmiotu zamówienia, a zatem złożone oferty, nie obejmowały obowiązku sporządzania posiłków zgodnie z zasadami wynikającymi z rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach -- „Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U. z 2023 r. poz. 2021, z późn. zm.).

Nie było sporne między stronami, że OPZ oraz złożone oferty nie obejmowały obowiązku sporządzania posiłków zgodnie z zapisami ww. programu pilotażowego. Powyższe wynikało z tego, że w momencie wszczęcia postępowania w maju 2024 r. program ten obowiązywał do 30 czerwca 2024 r. Umowa zaś miała być zawarta na okres 3 lat, przy czym zamawiający przewidywał, że będzie ona obowiązywała po 1 lipca 2024 r, a więc po zakończeniu programu.

Zdaniem izby powołana przez zamawiającego okoliczność nie mogła być uznana za jakąkolwiek wadę postępowania.

Po pierwsze, okoliczność tego rodzaju mogłaby zostać uznana za wadę, gdyby zostało wykazane przez zamawiającego, że po jego stronie istniał prawny obowiązek przystąpienia do ww. programu, który ujawnił się po wszczęciu postępowania. Zamawiający nie wykazał, aby po wszczęciu postępowania powstał po jego stronie prawny obowiązek przystąpienia do programu pilotażowego „Dobry posiłek w szpitalach". Z przepisów rozporządzenia zdawało się bowiem wynikać, że przystąpienie do programu jest dobrowolne i odbywa się w ten sposób, że w celu zawarcia umowy na realizację programu pilotażowego, o której mowa w § 4 pkt 1, szpital składa do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu wniosek wraz z deklaracją, że program pilotażowy będzie realizowany zgodnie ze sposobem realizacji i warunkami określonymi w § 8-10. Nie złożono także izbie umowy zawartej między zamawiającym a NFZ nr 07R-1-00087-18-19-2023-2024 (070001044230623) o realizację programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach – "Dobry posiłek w szpitalach", na jaką zamawiający powołał się w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania. Wobec powyższego izba nie mogła przeanalizować i odnieść się do jej treści. Izba stwierdziła zatem, że opis przedmiotu zamówienia, jaki sporządził zamawiający, nie jest w żaden sposób sprzeczny z prawem, a tylko nie uwzględnia zapisów dobrowolnego programu pilotażowego.

Po drugie, na moment podejmowania przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania sytuacja okazała się bardzo zbliżona do tej, jaka występowała w momencie wszczęcia postępowania. W momencie wszczęcia postępowania, to jest w maju 2024 r., program miał obowiązywać do czerwca 2024 r., a zamawiający przewidywał zawarcie umowy od lipca 2024 r. Zamawiający zdawał się nie dostrzegać, że unieważniając postępowanie znajduje się w zbliżonej sytuacji, jak w momencie wszczynania postępowania. Na chwilę obecną bowiem program „Dobry posiłek" obowiązuje jedynie do 30 czerwca 2025 r., a umowa która wszak ma być zawarta na 36 miesięcy, może obowiązywać w zdecydowanej części po zakończeniu tego programu.

Po trzecie, nawet gdyby przyjąć, że postępowanie obarczone jest jakąkolwiek wadą, z czym zgodzić się nie można było,

to zamawiający nie wykazał, aby wada ta była nieusuwalna. Zamawiający nie wykazał, że nie ma możliwości zapewnienia sobie wykonania dodatkowych obowiązków wynikających z umowy zawartej z NFZ (a nieobjętych OPZ w tym postępowaniu) siłami własnymi. Zamawiający nie tylko nie wykazał, ale nawet nie twierdził w uzasadnieniu zaskarżonej czynności, że taka możliwość nie istnieje. Zamawiający nie wykazał także, że w sytuacji, gdyby ewentualnie nie dysponował siłami własnymi na wykonanie tych dodatkowych obowiązków, to nie może przeprowadzić dodatkowego, odrębnego postępowania na dodatkowe usługi objęte programem pilotażowym „Dobry Posiłek". Celem wykazania, że zamawiający może przeprowadzić dodatkowe odrębne postępowanie na dodatkowe obowiązki objęte programem pilotażowym „Dobry Posiłek" bez konieczności unieważniania postępowania odwołujący załączył do odwołania dowody z dokumentów w postaci:

- ogłoszeń w BZP oraz SWZ u Zamawiającego ZOL w SP ZOZ w Międzyrzecu Podlaskim dot. żywienia pacjentów ora żywienia pacjentów w ramach programu Dobry Posiłek,

- ogłoszeń oraz SWZ dot. 116 Szpitala Wojskowego z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Opolu,

- ogłoszeń w BZP oraz SWZ u Zamawiającego SPZOZ w Tomaszowie Lubelskim dot. żywienia pacjentów oraz żywienia pacjentów w ramach programu Dobry Posiłek.

Z dowodów tych wynikało, że ww. podmioty zamawiające, znajdując się w sytuacji zbliżonej do zamawiającego, nie unieważniały swych postępowań na podstawowe usługi żywienia, lecz zdecydowały się na przeprowadzanie dodatkowych postępowań, których przedmiotem było wykonanie dodatkowych obowiązków wynikających z programu pilotażowego „Dobry Posiłek".

Zamawiający nie wykazał także, że rzekoma wada postępowania jest tego rodzaju, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis art. 255 pkt 6 Pzp łączy bowiem obowiązek unieważnienia postępowania wyłącznie z takimi wadami, które uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Regulacja ta nakazuje zatem odwołanie się przez zamawiającego i wykazanie jednej z przesłanek unieważnienia umowy, które z kolei zostały opisane przez ustawodawcę w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp a także w art. 457 ust. 5 ustawy Pzp z zw. z art. 70^5 § 1 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający nie wskazał jednoznacznie, która konkretnie z ww. legalnych przesłanek unieważnialności umowy miałaby znaleźć zastosowanie w analizowanej sytuacji. W szczególności okoliczności powołane przez zamawiającego nie wpisują się w przesłankę z art. 70^5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 457 ust. 5 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, *Organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.* Zamawiający nie wykazał zwłaszcza faktu wpłynięcia na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Zdaniem izby zamawiający nie wykazał także, że wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć (art. 255 pkt 5 Pzp).

Zdaniem izby zamawiający nie wykazał przede wszystkim, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zamawiający w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania wskazał, że za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie izby, pojęcie interesu publicznego nie może być utożsamiane z indywidualnym interesem samego zamawiającego. Zdaniem izby wykonanie przedmiotu umowy wpisuje się w interes publiczny. Przedmiotem zamówienia jest bowiem świadczenie kompleksowej usługi całodziennego żywienia pacjentów w Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie. Żywienie pacjentów jest podstawowym obowiązkiem zamawiającego, a potrzeba jego wykonania nie odpadła. Świadczył o tym także fakt, że zamawiający zapewnia wyżywienie pacjentów powierzając ten obowiązek wykonawcy na podstawie umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zatem w dalszym ciągu istnieje konieczność zapewnienia wyżywienia dla pacjentów, a co za tym idzie publiczny interes, którego zaspokojenie zapewni wykonana umowa.

Ponadto, jak już wskazano wcześniej, zamawiający nie wykazał, że dodatkowe obowiązki wynikające z programu pilotażowego „Dobry Posiłek" nie mogą być wykonywane przez niego siłami własnymi, albo przez innego wyłonionego wykonawcę aniżeli wykonawca podstawowego żywienia pacjentów.

Dostrzeżenia wymagało również, że aktualnie program pilotażowy „Dobry Posiłek" obowiązuje do 30 czerwca 2025 r. W przypadku unieważnienia obecnego postępowania, zamawiający będzie miał obowiązek ogłoszenia nowego postępowania, którego przedmiotem będzie wyżywienie pacjentów. Biorąc pod uwagę czas trwania nowego postępowania, program pilotażowy „Dobry Posiłek" nie będzie już obowiązywać.

Ponadto podkreślenia wymagało, że już 28 czerwca 2024 r. opublikowano rozporządzenie Ministra Zdrowia zmieniające rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie programu pilotażowego w zakresie edukacji żywieniowej oraz poprawy jakości żywienia w szpitalach - „Dobry posiłek w szpitalu" (Dz. U. z 2024 r. poz. 940, z późn. zm.), w którym przedłużono obowiązywanie programu pilotażowego do 31 grudnia 2024 r. Zatem już w tej dacie zamawiający wiedział o przedłużeniu programu. Pomimo to, zamawiający w dalszym ciągu prowadził przedmiotowe postępowanie, a zaskarżoną decyzję o unieważnieniu postępowania, z przyczyn, które były mu znane już 28 czerwca 2024 r., podjął dopiero 31 stycznia 2025 r., po bezskutecznej próbie unieważnienia postępowania z innych powodów, które izba w wyroku z 2 grudnia 2024 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 4268/24 uznała za niezasadne. Powyższe zdawało się wskazywać na pozorność obecnych działań zamawiającego.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zaskarżona w odwołaniu czynność unieważnienia postępowania, z takim uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jakie sporządził zamawiający, nie odpowiadała prawu i powinna zostać unieważniona.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający nieprawidłowo unieważnił postępowanie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, koszty dojazdu odwołującego na posiedzenie izby w wysokości 356,50 zł oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b, d 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……