

Sygn. akt: KIO 3236/23

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 16 listopada 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński**  
**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 16 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez Odwołującego - wykonawcę Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,

w postępowaniu prowadzonym przez Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii sp. z o. o. z siedzibą w m. Zagórze

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty **6 750 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych), tytułem zwrotu 90% uiszczono wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 3236/23

**Uzasadnienie**

Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii sp. z o. o. z siedzibą w m. Zagórze, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „Usługa cateringowa- przygotowywanie i dostarczanie posiłków dla pacjentów Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii”, nr ref. 18/2023/ZP (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 października 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00462058.

Wykonawca – Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „Odwołującym”, w dniu 30 października 2023 r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

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 art. 109 pkt 1 pkt 2) i 3) Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez określenie kryterium jakości o wartości 30% w postaci „Brak mandatów karnych oraz brak uwag stwierdzonych niezgodności HACCP” polegającego na tym, że Wykonawca wykaże, że w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert nie został na niego nałożony przez Państwową Inspekcję Sanitarną mandat karny związany z prowadzoną działalnością gastronomiczną oraz, nie stwierdzono niezgodności do prowadzonej w zakładzie dokumentacji HACCP podczas gdy kryterium to narusza zasady uczciwej konkurencji oraz w rzeczywistości jest przesłanką fakultatywnego wykluczenia wykonawców z postępowania.

2. art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp 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 § 7 ust. 10 załącznika nr 5 do SWZ - projektowane postanowieniu umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy, w wysokości 40 % wartości umowy, która to wartość już w momencie zawarcia umowy jest rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności, ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia jednocześnie nie określając zasad współpracy stron.

W konsekwencji tak postawionych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia:

1) w zakresie zarzutu nr 1 zmianę lit b) rozdziału 13 - kryterium oceny ofert SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*„[...] Wykonawca w ramach kryterium złoży wraz z ofertą oświadczenie, że: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert nie został ukarany mandatem karnym przez Państwową Inspekcję Sanitarną w związku z prowadzoną działalnością gastronomiczną, w zakładzie, z którego będzie świadczona usługa oraz złoży wraz z ofertą poświadczony za zgodność z oryginałem odpis Książki kontroli przedsiębiorcy lub wszystkie Protokoły kontroli sanitarnej (tematycznej / interwencyjnej/sprawdzającej), którymi wykonawca dysponuje z tego okresu, wskazujące na fakt braku nałożenia na Wykonawcę mandatu karnego oraz że nie stwierdzono niezgodności do prowadzonej w zakładzie dokumentacji HACCP.”*

ewentualnie w przypadku uznania wyżej wskazanego wniosku za bezzasadny proponujemy:

zmianę w dokumentach zamówienia poprzez zmianę kryterium „Brak mandatów karnych oraz brak uwag stwierdzonych niezgodności HACCP” na kryterium:

*Potwierdzenie jakości całodziennego zestawu żywieniowego (J) – 30 % - wartość 30 pkt.*

Sposób oceny:

*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 5 zaświadczeń dotyczących różnych diet – 30 pkt*

*zaświadczenia dotyczących różnych diet - 20 pkt*

*1-2 zaświadczenie dotyczące różnych diet -10 pkt*

*Brak zaświadczenia – 0 pkt.*

2) w zakresie zarzutu nr 2: zmianę § 7 ust 10 załącznika nr 5 do SWZ - projektowane postanowienia poprzez nadanie mu następującej treści: *“Łączna maksymalna wartość kar umownych nie może przekroczyć 10% wartości umowy określonej w § 7 ust. 1 umowy brutto”.*

W dniu 15 listopada 2023 r., przed otwarciem rozprawy, Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.  
**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. W myśl § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), skład orzekający dokonuje czynności formalnoprawnych i sprawdzających, o których mowa w § 1, na posiedzeniu niejawnym, i w zależności od poczynionych ustaleń wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadkach, o których mowa w art. 568 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.

Odwołujący złożył skuteczne oświadczenie o cofnięciu wniesionego przez siebie odwołania. Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, art. 568 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6 ww. rozporządzenia postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), 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.

Ponieważ odwołujący cofnął odwołanie wcześniej niż w dniu wyznaczonego terminu posiedzenia Izby, Izba na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a powołanego rozporządzenia, postanowiła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 6 750 zł, stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:.....**