Sygn. akt: KIO 1332/23

POSTANOWIENIE
z dnia 23 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, w Warszawie, w dniu
23 maja 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
12 maja 2023 roku przez wykonawcę "IZAN +" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Krakowie
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkowie

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze
2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzeczwykonawcy "IZAN +" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 1332/23

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej
w Wyszkowie prowadzi postepowanie o udzielnie zamówienia publicznego pn.: *„Całodobowe utrzymanie czystości w SPZZOZ w Wyszkowie”.*
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu
2 maja 2023 roku pod numerem 2023/S 085-262490.

W dniu 12 maja 2023 roku wykonawca "IZAN +" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: Odwołujący lub "IZAN +") działając
na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zmianami – dalej: „ustawa” lub „Pzp”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. określenie ceny jedynym kryterium oceny ofert, niewłaściwe określenie przedmiotowych środków dowodowych, niezgodne z prawem projektowane postanowienia umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1)naruszenie art. 246 ust. 1 i 2 w zw. z art 4 pkt 1 ustawy przez określenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, podczas gdy wobec nieokreślenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia Zamawiający był zobowiązany do określenia obok tego kryterium pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40%;

2)naruszenie art. 7 pkt 20 w zw. z art. 107 ust. 1 ustawy przez zastrzeżenie w rozdziale XV ust. 7 -PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE pkt 4)Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ),jako przedmiotowego środka dowodowego załącznika nr 14 do SWZ a załącznik ten tak naprawdę nie jest przedmiotowym środkiem dowodowym- tj. środkiem służącym potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, lecz jest zobowiązaniem do złożenia tych środków w terminie do 7 dni od daty otrzymania informacji o wyniku postępowania przedmiotowych środków dowodowych tj.

a. Planu Higieny w SPZZOZ w Wyszkowie po wcześniejszym uzgodnieniu go z Zamawiającym.

b. Planu awaryjnego sprzątania SPZZOZ w Wyszkowie na wypadek odstąpienia od pracy personelu Wykonawcy oraz na wypadek zagrożenia epidemiologicznego

co stoi również w sprzeczności z treścią art. 107 ust. 1 ustawy z którego wynika wprost, że jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą;

3)naruszenie art. 433 pkt 4 w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 353 (1) Kodeksu cywilnego przez określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50% 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 oraz wobec nieokreślenia precyzyjnych warunków zmiany umowy.

Odwołujący wniósł o:

1. w zakresie zarzutu nr 1 -wprowadzenie kryterium pozacenowego o wadze co najmniej 40% proponujemy:

Izmianę sekcji II ust. II.2.5) ogłoszenie o zamówieniu poprzez nadanie mu następującej treści:

"II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia:

1.Cena-60%,2.Jakośćusługi-certyfikatsystemuzarządzaniaśrodowiskowegoISO14001–20%,3.Kontrolajakościwykonywanejusługiwzakresieutrzymaniaczystości-20%,"

II) zmianę treści ust. 1 i 2rozdziału XX - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT SWZprzez usunięcie dotychczasowej treści i nadanie mu następującej treści:

"1. Zamawiający będzie oceniał oferty według następujących kryteriów:

a)Cena-60%,b)Jakośćusługi–certyfikatsystemuzarządzaniaśrodowiskowegoISO14001–20%,,c)Kontrolajakościwykonywanejusługiwzakresieutrzymaniaczystości-20%,

2.Punktyprzyznawanezapodanekryteriabędąliczonewedługnastępującychwzorów:

a)Cena(C)100%–(maximum100pkt.)–1%=1pkt

Wartość punktowa dla kryterium cena jest wyliczana według wzoru:

Cmin

C=————————————x100

Cof

C–liczba punktów ocenianej oferty (do drugiego miejsca po przecinku)

Cmin–najniższa cena spośród oferowanych

Cof–cena z ocenianej oferty

b)Jakośćusługi-certyfikatsystemuzarządzaniaśrodowiskowegoISO14001–20pkt

WykazaniesięcertyfikatemISO14001poświadczającym,żeWykonawca,którybędzierealizowałzamówienie,posiadawdrożonyicertyfikowanySystemZarządzaniaŚrodowiskowegoISO14001zzakresuusług

Maksymalnaliczbapunktówprzyznanychwramachkryteriumjakościusługiwynosi20pkt.
(Wykonawcadołączyłdoofertycertyfikat).Uwaga:Wprzypadkuskładaniaofertyprzez Wykonawcówwspólnieubiegającychsięoudzieleniezamówienia,Wykonawca,którybędzierealizowałzamówieniemusiwyk

Wprzypadkuniedołączeniacertyfikatudooferty-Wykonawcaotrzymazatokryterium0pkt.

c)kontrolajakościwykonywanejusługiwzakresieutrzymaniaczystości–20pkt

złożeniedoofertydokumentupotwierdzającegowdrożenieorazstosowanieprzezokresconajmniej12miesięcyprogramumonitorującegopoziomhigienyszpitalnejbazującegonawytycznychCentersforDisease

Program obejmuje następujące minimalne wymagania:

•żelfluorescencyjny,zakończonegąbką,służącądoaplikacjiżelu,konfekcjonowanywmałetubki(2ml)zewzględówepidemiologicznych

•elektroniczne urządzenie do rejestracji danych

•raportymonitorującepoziomhigienyszpitalnej(podziałnaodziały,wybranepowierzchnie)

Do oferty należy dołączyć przykładowe raporty monitorujące poziom higieny szpitalnej

(podział na oddziały, wybrane powierzchnie) wystawiony przez podmiot (Szpital), w którym

został wdrożony powyższy program, dokument musi potwierdzać również w/w okres 20 pkt

Brak dokumentu 0 pkt

2. w zakresie zarzutu nr 2 - zmianę w rozdziale XV WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU WPOSTĘPOWANIU ORAZ WYKAZANIU BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE) ust. 7PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE pkt 4) SWZ przez usunięcie dotychczasowej treści i nadanie mu następującej treści: *"Przedmiotowe środki*

dowodowe wymagane od Wykonawcy do oferty obejmują: a. Plan Higieny w SPZZOZ w Wyszkowie b. Plan awaryjnego sprzątania SPZZOZ w Wyszkowie na wypadek odstąpienia od pracy personelu Wykonawcy oraz na wypadek zagrożenia epidemiologicznego"

3. w zakresie zarzutu nr 3 -zmianę w § 2 ust. 4załącznikanr5do SWZ -projektu(wzoru)umowy wartości „50%" na „80%".

Odwołujący podał, 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.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:
Uzasadnienie zarzutu nr 1

Zamawiający określił w Rozdziale XX SWZ, że cena stanowi wyłączne kryterium oceny ofert. Zamawiający był zobowiązany do zastosowania pozacenowego kryterium o wadze
co najmniej 40%.

Zamawiający – jako samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej jest jednostką sektora finansów publicznych – zgodnie z art. 9 pkt 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj.: Dz.U. z 2021 poz. 305). Wobec powyższego Zamawiający był zobowiązany – stosownie do art. 246 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy – do zastosowania ceny jako kryterium nieprzekraczającego wagę 60%.

Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Wobec powyższego nie był uprawniony – w świetle art. 246 ust. 2 ustawy – do zaniechania określenia pozacenowego kryterium oceny ofert.

Odwołujący powołuje stanowisko doktryny: *Zamawiający wskazani w art. 4 pkt 1 i 2 n. Pzp. oraz związki tego rodzaju podmiotów (a więc m.in. jednostki sektora finansów publicznych, w tym SPZOZ) mogą zastosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Nowa regulacja znosi natomiast obowiązek wykazania w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia (art. 246 ust. 1 n.Pzp.).*

Zamówienia mają „ustalone standardy jakościowe" tylko wówczas, gdy niezależnie od tego, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będzie zaoferowana cena, a usługa, dostawa lub robota budowlana co do zasady będą identyczne. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek określić w opisie przedmiotu zamówienia wszystkie istotne cechy jakościowe zamówienia w taki sposób, aby oferowany produkt nie różnił się pomiędzy sobą pod względem jakościowym –spośród możliwych wariantów przedmiotu zamówienia zamawiający musi wybrać taki, w przypadku którego nie ma już różnic jakościowych stanowiących dodatkową korzyść dla zamawiającego. Wtedy uzasadnione jest stosowanie ceny jako dominującego kryterium oceny, skoro nie ma różnicy jakościowej pomiędzy oferowanymi przez wykonawców świadczeniami, a różnica sprowadza się w zasadzie do ich ceny. (Twarowski Adam, *Nowe PZP –opis przedmiotu zamówienia i kryteria oceny ofert z punktu widzenia świadczeniodawcy*–LEX/el., 2020, komentarz praktyczny w LEX do art. 246 Pzp.).

Odwołujący podał, że w konsekwencji, aktualność zachowują dotychczasowe orzeczenia KIO, wypracowane na gruncie art. 91 ust. 2a ustawy z 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego wykładni przepisu art. 246 ust. 2 ustawy nie można sprowadzić
do prostego rozumowania, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia równa się określeniu wymogów jakościowych. Istnieje bowiem jednocześnie przepis art. 99 ust. 1 ustawy, który stanowi, że *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*. Jeśli zatem dany zamawiający nawet opisuje przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący, to nie jest równoznaczne z tym, że opisał wymagania jakościowe stosownie do art. 246 ust. 2. Gdyby bowiem opis przedmiotu zamówienia nie był wyczerpujący, to zamawiający naruszyłby nie art. 246 ust. 2 ustawy, lecz art. 99 ust. 1 ustawy. Nie do przyjęcia byłoby zatem stanowisko, że wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który z natury rzeczy określa jedynie minimalne wymogi wykonania zamówienia, nieokreślający wymogów jakościowych wykraczających ponad te minimalne wymogi, świadczy o zachowaniu przepisu art. 246 ust. 2 ustawy. Odwołujący powołał komentarz Arkadiusza Szyszkowskiego: *Brak ustawowej definicji pojęcia „wymagania jakościowe", zważywszy, że jest to część opisu przedmiotu zamówienia, oznacza jednak wprowadzenie do OPZ parametrów odnoszących się do jakości (Szyszkowski Arkadiusz, Tryb podstawowy w nowej ustawie –Prawo zamówień publicznych. Analiza praktyczna, C.H. Beck, 2021, wyd. 1, [w]: rozdział II, pkt 2.1.)*.

Odwołujący podkreślił że zgodnie ze słusznym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie, *[...] określenie w nowym ZamPublU takiej możliwości jako wyjątku od zasady powoduje,*
że przepis ten będzie podlegał ścisłej wykładni, a na zamawiającym będzie spoczywał ciężar dowodowy wykazania prawidłowości określenia w taki sposób kryteriów oceny ofert. (Jaworska Marzena, Kryteria oceny ofert -stan obecny i nowe Prawo zamówień publicznych, Zamówienia Publiczne Doradca, 2020, Nr 3, [w]: Kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert).

Wobec powyższego Zamawiający w ocenie Odwołującego miał obowiązek określenia
co najmniej jednego (lub więcej) dodatkowego pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40%, zgodnie z art. 246 ust. 1 ustawy w zw. z art. 242 ust 1 pkt 1 ustawy. Według jego treści Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy (w tym Zamawiający) oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

UZASADNIENIE PROPOZYCJI KRYTERIUM OCENY OFERT

W doktrynie słuszne podkreśla się, że wykonawcy powinni mieć pełną świadomość w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje, będą oceniane ich oferty, tylko bowiem wówczas będą mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Z tych też względów Zamawiający, opisując kryteria oceny ofert i zasady ich stosowania, muszą wskazać jakiego rodzaju informacji oczekują, a także dobrać takie metody oceny, aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie i porównanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofertach (tak: D. Grześkowiak-Stojek, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91., pod red. M. Jaworskiej, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnickiej, A. Matusiak, wyd. 12, Warszawa 2020, Legalis). Natomiast J. Pieróg: *"Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych."* (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 24. Wyd. 15, Warszawa 2019, Legalis). Kryteria oceny ofert oraz sposób ich tworzenia i oceny ofert na ich podstawie mają zasadnicze znaczenie dla systemu zamówień publicznych, bowiem to w oparciu o nie zamawiający decyduje komu udzieli zamówienia. Z tych względów zamawiający musi odpowiednio wcześnie przemyśleć i wskazać wszystkie kryteria, które uważa za istotne,
a które powinny spowodować, że wybierze właściwą ofertę (M. Meducki, ZPDORADCA2021, Nr 2 Kryteria oceny ofert).

Istotą zamówień publicznych jest zapewnienie transparentności wydatkowania środków publicznych. Zamawiający zobligowani do stosowania przepisów ustawy powinni udzielać zamówień na podstawie obiektywnych kryteriów, które zapewnią działanie zgodne
z zasadami przejrzystości, równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej powinny zostać dokonane w warunkach konkurencji. Podstawowa reguła prawa zamówień publicznych, zawarta w art. 7 ust. 1 ustawy (aktualnie art. 16 pkt 1 ustawy) stanowi, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma odbywać się w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji. Konieczność weryfikowalności spełnienia kryteriów oceny ofert w momencie ich składnia stanowi warunek *sine qua non* równego traktowania wykonawców a zatem kryteria te nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy niesprawdzalnych na tym etapie zobowiązań. Jeżeli kryterium oceny ofert nie jest weryfikowalne a zatem nie ma możliwości zweryfikowania jego spełnienia w momencie oceny ofert to *de facto* nie jest to w ogóle kryterium oceny ofert. Odwołujący powołał wyrok sądu okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r.,
sygn. akt XXIII Zs 35/21. Odwołujący zgadza się ze słusznym stanowiskiem Sądu, wyrażonym w powyższym wyroku oraz w przytoczonym w jego treści wyrokiem tego samego Sądu z dnia 18 grudnia 2020 r., XXIII Ga 1350/20. Brzmienie art. 91 ust. 2d ustawy z dnia
29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych, obecnie znajdujące się w art. 240 ust. 2 ustawy z 2019 r., w definitywny sposób bowiem zobowiązuje zamawiających do takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, których spełnienie przez ofertę wykonawcy da się obiektywnie zweryfikować jeszcze przed przyznaniem jej stosownej liczby punktów. Warto przy tym podkreślić, że Sąd Okręgowy w Warszawie, który wydał wyżej przytoczone wyroki, stanowi instancję odwoławczą w stosunku do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 580 ust. 1 ustawy. W konsekwencji, stwierdzić należy, że ukształtowała się linia orzecznicza, która potwierdza stanowisko Odwołującego, co przesądza o zasadności odwołania i poprawności zgłoszonej propozycji kryteriów pozacenowych.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W rozdziale XV WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIEWARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ WYKAZANIU BRAKU PODSTAWWYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE) ust. 7 -PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE pkt 4 SWZ Zamawiający zastrzegł, że wymaganymi przez Zamawiającymi środkami dowodowymi jest załącznik nr 14 do SWZ. Załącznik ten tak naprawdę jest oświadczeniem z którego wynika, że wykonawca zobowiązuje się w przypadku wyboru jego oferty do przedstawienia przed podpisaniem umowy w terminie do 7 dni od daty otrzymania informacji o wyniku postępowania przedmiotowych środków dowodowych takich jak:

a. Planu Higieny w SPZZOZ w Wyszkowie po wcześniejszym uzgodnieniu go z Zamawiającym.

b. Planu awaryjnego sprzątania SPZZOZ w Wyszkowie na wypadek odstąpienia od pracy personelu Wykonawcy oraz na wypadek zagrożenia epidemiologicznego.

Dokumenty te są bardzo istotne do prawidłowej realizacji zamówienia i Zamawiający winien zapoznać się z nimi w złożonych ofertach. Plan higieny jest szczegółowym opisem, dzięki któremu Zamawiający ma dostęp do wiedzy, jakie standardy sprzątania prezentuje dany Wykonawca, czy są one dostosowane do specyfiki i wymagań Zamawiającego postawionych w SWZ oraz czy dają możliwość uzyskania odpowiedniej czystości mikrobiologicznej wpływającej na bezpieczeństwo pacjenta i personelu medycznego.

W myśl art. 7 pkt 20 ustawy przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Niewątpliwie w.w. oświadczenie będące załącznikiem nr 14 do SWZ nie jest przedmiotowym środkiem dowodowym.

Dodatkowo zgodnie z art. 107 ust. 1 Pzp: *"jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą."* Zgodnie z literaturą: *"Ustawa określa moment, w którym przedmiotowe środki dowodowe powinny być składane przez wykonawców. Skoro celem ich żądania jest potwierdzenie zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, to zasadne i celowe jest wymaganie ich złożenia wraz z ofertą". (tak w: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX)"Ustawodawca jednoznacznie przesądził, że jeżeli zamawiający określił w dokumentach zamówienia wymóg złożenia przedmiotowych środków dowodowych, to wykonawcy winni
je przedłożyć wraz z ofertą."(tak w: Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany LEX).*

Wobec tego, zdaniem Odwołującego, powyższe zastrzeżenie w SWZ stoi sprzeczności

z definicją przedmiotowego środka dowodowego i treścią art. 107 ust. 1 ustawy, z którego wynika wprost, że jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych to wykonawca składa je wraz z ofertą.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

W § 2 ust. 4 załącznika nr 5 do SWZ -Projekt Umowy Zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w wysokości 50% wartości umowy.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp: *„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron."

Należy podnieść, że komentowany przepis nie daje Zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy.

Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego
w postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50 % wartości umowy i ograniczenia, w ten sposób, roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także
z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP") w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy.
Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagłe ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą
o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali –koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali
i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans", gdyż przez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości –
w rezerwie – określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać
do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości.

Wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50%, stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu przez Zamawiającego przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego.

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu modyfikacji umowy, przez zwiększenie minimalnego progu wykonania umowy do wysokości 80 % oraz precyzyjne określenie warunków zmiany .

Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, na podstawie pisma z dnia 16 maja 2023 roku przesłanego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Zamawiającego w tym samym dniu,
że kopię odwołania Zamawiający zamieścił w dniu 16 maja 2023 roku na stronie internetowej prowadzonego postępowania.
Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji,
o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Pismem z dnia 22 maja 2023 roku przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 roku (godz.: 16:19) Odwołujący złożył następujące oświadczenie w sprawie wycofania odwołania:

Działając w imieniu Odwołującego – Izan+ Sp. z o.o. na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku (tj. Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm.), wycofuję odwołanie wniesione dnia 12 maja 2023. Wnoszę o zwrot opłaty od odwołania w przepisanej wysokości na rachunek bankowy Odwołującego o numerze: (…)
W treści pisma podano sygnaturę akt prowadzonego postępowania odwoławczego oraz nazwę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wskazano Zamawiającego.

Izba stwierdza, że w tej sprawie odwoławczej odwołanie zostało skutecznie wycofane przed terminem posiedzenia i rozprawy z udziałem stron. Wymaga odnotowania, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przez Odwołującego, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021, poz. 1129 ze zm.) oraz § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz.U. 2020 poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3a 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 wysokości wpisu od odwołania* (Dz. U. poz. 2437), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego
z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……