

POSTANOWENIE
z dnia 15 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

po rozpoznaniu w dniu 15 grudnia 2023 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 listopada 2023 r. przez wykonawcę **NAPRZÓD CATERING SPÓŁKA OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **WARSZAWSKI SZPITAL POŁUDNIOWY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. umarza 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 **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3606/23

UZASADNIENIE:

Zamawiający – Warszawski Szpital Południowy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p n : „Świadczenie usług zapewnienia całodobowego żywienia pacjentów Warszawskiego Szpitala Południowego sp. z o.o. przy ul. rtm. W. Pileckiego 99 w Warszawie”, numer referencyjny: PN/68Ż/11/2023.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 listopada 2023 r. pod numerem 00703186 - 2023.

W postępowaniu tym wykonawca **NAPRZÓD CATERING SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Łodzi** (dalej: „Odwołujący”) w dniu 30 listopada 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający był zobowiązany, tj.:

1. zastrzeżenie w § 6 ust. 7 Projektu Umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy, w wysokości 100% Wartości Umowy;
2. zastrzeżenie w § 5 ust. 1 Projektu Umowy stanowiącego Załącznik nr 10 do SWZ postanowienia określającego rażąco niski minimalny próg wykonania tj. określenie, że minimalne wynagrodzenie wypłacone Wykonawcy z tytułu realizacji umowy będzie łącznie nie niższe niż 50% kwoty wskazanej w §5 ust. 2 - łącznego całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy;
3. brak zawarcia w Projekcie Umowy stanowiącym Załącznik nr 10 do SWZ, obligatoryjnego postanowienia dotyczącego zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - zgodnie z art 439 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 436 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 pkt 32 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 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 § 6 ust. 7 załącznika nr 10 do SWZ - Projekcie Umowy postanowienia określającego łączną maksymalną wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy, w wysokości 100 % wartości umowy, która to wartość już w momencie zawarcia umowy będzie rażąco wygórowana, bowiem oznacza możliwość nieuzasadnionego pozbawienia wykonawcy całości lub części wynagrodzenia za realizację zamówienia publicznego, co narusza zasadę proporcjonalności, ograniczając w sposób nieuprawniony krąg potencjalnych wykonawców gotowych przystąpić do realizacji zamówienia;
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 w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp w zw. z

art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3531 K.c. poprzez określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 50 % całkowitego wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji umowy, 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; 3. art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 3531 K.c. w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie określenia w projekcie umowy zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, pomimo że umowa na usługi ma być zawarta na okres przekraczający 6 miesięcy.

W złożonej pismem z dnia 13 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Zgodnie z art. 522 ust. 1 in fine Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 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 ze zm.), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, koszty o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia znosi się wzajemnie. Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: