

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 12 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Catermed S.A., Naprzód Catering Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi** (ul. Traktorowa 126/201 91-204 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Ogólny w Kolnie** (ul. Wojska Polskiego 69, 18-500 Kolno),

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Catermed S.A., Naprzód Catering Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi** (ul. Traktorowa 126/201 91-204 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Ogólny w Kolnie** (ul. Wojska Polskiego 69, 18-500 Kolno) kwoty **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą kwotę uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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**.

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 24 maja 2021 r. na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.; dalej: „Pzp”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego: Szpital Ogólny w Kolnie w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie”. Numer referencyjny: Sz. O./ZP/03/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 marca 2021 r. pod pozycją 2021/BZP 00023213/01.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Catermed S.A., Naprzód Catering Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi podał, że wnosi odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oferty i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 221 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FIRMA CATERINGOWA I. A. (zwanego dalej „Wykonawcą\_1”), pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem do Oferty nie został doręczony uwzględniający całodziennie wyżywienie w diecie podstawowej (I) i w diecie łatwostrawnej (II) z podaniem gramatury i wartości energetycznej racji pokarmowe dla zakładów służby żywienia, a nadto jadłospis dla diety lekkostrawnej przewiduje zasmażane warzywa, które są przeciwwskazane dla tej diety;
- 2) art. 221 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „L.” M. L. (zwanego dalej „Wykonawcą\_2”), pomimo iż jej treść jest niezgodna z Warunkami zamówienia, bowiem załączone do oferty jadłospisy nie spełniają wymagań dotyczących kaloryczności, a nadto nie przewidują na Śniadanie zup mlecznych;
- 3) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z pkt 11 ppkt 2 lit. b) SWZ w zw. z art. 16 Pzp poprzez błędną ocenę oferty Wykonawcy\_1 i przyznanie tej ofercie 40 pkt w kryterium „Zaplecze techniczne na wypadek awarii kuchni”, 'w sytuacji gdy Wykonawca\_1 nie złożenia oświadczenia o posiadaniu przez kuchnię awaryjną pozytywnej kuchni Państwowej Inspekcji Sanitarnej, co skutkowało niestosowaniem zasad ustalonych przez Zamawiającego i niezasadnym wyborem oferty Wykonawcy\_1 jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru ofert; (2) odrzucenie oferty Wykonawcy\_1 i odrzucenie oferty Wykonawcy\_2; (3) ponownej oceny ofert; (4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę i w przypadku odrzucenia ofert Wykonawcy\_1 i Wykonawcy\_2, jego oferta powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

**Do postępowania odwoławczego przystąpienia** – w trybie i terminie przewidzianym w art. 525 Pzp - nie zgłosił żaden wykonawca. Kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazano (informacja w pkt 3 z pisma Zamawiającego z dnia 1.06.2021 r.) wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 25.05.2021 r. za pomocą skrzynki ePuap oraz email.

**Zamawiający** w piśmie z dnia 17 czerwca 2021 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, a doręczonym w dniu 21 czerwca 2021 r. podał, że wnosi: (...)

- 1. o umorzenie postępowania odwoławczego w części obejmującej zarzuty Odwołującego Konsorcjum zawierające żądania: unieważnienia czynności wyboru ofert, odrzucenia ofert Firmy Cateringowej I. A. w Gryfinie (...) oraz firmy „L.” M. L. w Rucianem Nidzie (...) ponownej oceny ofert,*
- 2. o umorzenie postępowania odwoławczego w całości na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron, jeżeli Odwołujący cofnie odwołanie w części obejmującej żądanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.*
- 3. alternatywnie wnoszę, jeżeli Odwołujący nie cofnie odwołania w zakresie jak wyżej w pkt 2, o oddalenie odwołania w tej części”.*

W uzasadnieniu stanowiska podał: (...) *Szpital Ogólny w Kolnie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji poniżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach o których jest mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (...) na świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie(...). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 221 ust. 1 pkt 5 zw. z art. 166 oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 266 P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Firmy Cateringowej A. w Gryfinie oraz oferty firmy „L.” M. L. w Rucianem Nidzie. W uzasadnieniu Odwołujący podnieśli, że:*

- Firma Cateringowa I. A. dołączyła do oferty jadłospis nie zawierający dla diety podstawowej i dla diety łatwostrawnej wartości energetycznej, czego Zamawiający wymagał w opisie przedmiotu zamówienia (zał. 2 do SWZ) oraz mimo wymogu z pkt II ppkt 2 lit. b) SWZ nie złożyła oświadczenia o posiadaniu przez kuchnię awaryjną pozytywnej opinii PIS,
- Firma „L.” M. L. dołączyła do oferty jadłospis dla diety łatwostrawnej nie spełniający wymagań dotyczących kaloryczności (poniżej wymaganego minimum) oraz nie zaoferowała w jadłospisie dla diety podstawowej i łatwostrawnej codziennie zupy mlecznej na śniadanie, mimo wymogu z pkt 8 ppkt 9 załącznika nr 2 do swz.

Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert, odrzucenia ofert Firmy Cateringowej I. A. oraz Firmy „L.” M. L., dokonania ponownej oceny ofert oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Po zapoznaniu się z treścią odwołania, mimo widocznego dysonansu pomiędzy wskazanymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi i okolicznościami prawnymi uzasadniającymi odwołanie.

Zamawiający uwzględnił zarzuty i wnioski podniesione w odwołaniu, z wyłączeniem powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Dowód: zawiadomienie o unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzeniu czynności badania ofert z dnia 01.06.2021 r. informacja o ofertach odrzuconych z dnia 11.06.2021 r., zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 11.06.2021 r., protokół postępowania w sprawie zamówienia Sz.0./ZP/03/2021. Z uwagi na fakt, że po stronie Zamawiającego do postępowania nie przystąpił żaden z wykonawców, spełnione są przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego, w części dotyczącej zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, określone w art. 522 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Podkreślenia wymaga, że cena najkorzystniejszej oferty Odwołujących (jedynej po odrzuceniu ofert Firmy Cateringowej A. w Gryfinie oraz oferty firmy „L.” M. L. w Rucianem Nidzie) wynosi 1.771.729,20 zł brutto i ponad dwukrotnie przekracza kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia tj. kwotę 924.396,30 zł brutto. Korzystając z uprawnień określonych w art. 255 pkt 3 P.z.p. ale także z uwagi na ograniczenia wynikające z planu finansowego, Zamawiający w dniu 11.06.2021 r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie, numer referencyjny Sz.0./ZP/03/2021. W tych okolicznościach uzasadniony jest postulat Zamawiającego, aby Odwołujący cofnęli odwołanie w zakresie żądania nakazania powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, mając na względzie ergonomię postępowania odwoławczego i redukcję kosztów tego postępowania. Zgodnie z przepisem art. 162 Pzp Zamawiający niezwłocznie powiadomi Odwołujących o wszczęciu kolejnego postępowania obejmującego ten sam przedmiot zamówienia.

**Odwołujący** w piśmie z dnia 7 lipca 2021 r. wniósł o (...) *zniesienie terminu rozprawy wyznaczonego na 12.07.2021 r. o godz. 09:30*". Podał, że (...) *Zamawiający w dniu 01.06.2021 unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Kolejno w dniu 11.06.2021 roku odrzucił ofertę „L.” M. L. oraz w tym samym dniu zawiadomił o unieważnieniu postępowania*". W kolejnym piśmie z dnia 9 lipca 2021 r. (data wpływu do akt sprawy 12/07/2021) oświadczył, że na podstawie art. 520 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych cofa wniesione odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2021 r. Wniósł również (...) *o zwrot opłaty od odwołania w przepisanej wysokości na rachunek bankowy* (...).

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający w oświadczeniu z dnia 21 czerwca 2021 r. (złożonym w piśmie z dnia 17 czerwca 2021 r.) skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odnosząc się do zarzutów odwołania z dnia 24 maja 2020 r. stwierdził, że: (...) *uwzględnił zarzuty i wnioski podniesione w odwołaniu, z wyłączeniem powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej*". W związku z powyższym w punktach 1 i 2 wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego (1) w części obejmującej zarzuty Odwołującego Konsorcjum zawierające żądania: unieważnienia czynności wyboru ofert, odrzucenia ofert Firmy Cateringowej I. A. w Gryfinie (...) oraz firmy „L.” M. L. w Rucianem Nidzie (...) ponownej oceny ofert; (2) w całości na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron, jeżeli Odwołujący cofnie odwołanie w części obejmującej żądanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej".

Z kolei Odwołujący w oświadczeniu z dnia 7 lipca 2021 r. wskazując na wykonane przez Zamawiającego czynności wniósł o zniesienie terminu rozprawy wyznaczonego na 12.07.2021 r. o godz. 09:30. Następnie w oświadczeniu z dnia 9 lipca 2021 r. cofnął odwołanie.

Izba w stanie faktycznym tej sprawy – uwzględniając oświadczenia złożone przez Odwołującego w pismach z dnia 7 i 9 lipca 2021 r. - uznała, że Odwołujący odniósł się do wniosku Zamawiającego, co do cofnięcia odwołania w części obejmującej żądanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Z tego też względu stwierdziła, że

w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 522 ust.3 ustawy Pzp i postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze na podstawie wskazanego przepisu.

*W myśl wskazanego art. 522 ust. 3 ustawy Pzp: „3. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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 albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.”*

Orzekając zatem o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza także miała na uwadze § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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) zgodnie z którym koszty stron znosi się wzajemnie oraz Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu w całości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....