

POSTANOWIENIE

z dnia 3 grudnia 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Emil Kawa
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **3 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 21 listopada 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usługi żywienia chorych wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchni oraz prowadzenia ogólnodostępnego bufetu w Specjalistycznym Szpitalu Ginekologiczno-Położniczym im. E. Biernackiego w Wałbrzychu* (nr postępowania ZP/21/PN/Ż/2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Specjalistyczny Szpital Ginekologiczno-Położniczy im. E. Biernackiego w Wałbrzychu**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu kwoty 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez powyższego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Specjalistyczny Szpital Ginekologiczno -Położniczy im. E. Biernackiego w Wałbrzychu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usługi żywienia chorych wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchni oraz prowadzenia ogólnodostępnego bufetu w Specjalistycznym Szpitalu Ginekologiczno-Położniczym im. E. Biernackiego w Wałbrzychu* (nr postępowania ZP/21/PN/Ż/2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_218-385913 z 12 listopada 2014 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.szpital.walbrzych.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

21 listopada 2014 r. Odwołujący – Impel Catering „Company” sp. z o.o. sp. k z siedzibą we Wrocławiu {spółka zwana również dalej w skrócie „Impel Catering”} wniósł – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w SIWZ: warunków udziału, opisu sposobu oceniania ich spełnienia, kryterium oceny ofert oraz dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków.
2. Art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 22 ust. 4 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 i 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane {Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.; zwane również dalej „rozporządzeniem o dokumentach”} – przez wadliwy opis warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 36 ust 1 pkt 5 i 6 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 i 7 rozporządzenia o dokumentach – przez wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich oceny, a także dokumentów żądanych na potwierdzenie ich spełnienia.
4. Art. 91 ust. 2 i 2a w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 – przez wadliwy opis kryterium oceny

ofert.

5. Art. 142 ust. 5 – przez zaniechanie uregulowania w SIWZ sprawy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych postanowień SIWZ w zakresie albo brzmieniu zaprezentowanym w odwołaniu lub brzmieniu równoważnym:

1. {rozdział VI pkt 1 ppkt 2} *Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie usług podobnych z przedmiotem zamówienia. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca złoży oświadczenie, że posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia oraz udokumentuje, że wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie – co najmniej jedną usługę o charakterze podobnym, tj. polegającą na żywieniu chorych, o wartości min. 345.000,00 zł rocznie.*
2. Konkretyzacji warunku udziału, przez wskazanie oczekiwań Zamawiającego dotyczących kwalifikacji i doświadczenia osób, podstaw dysponowania; alternatywnie modyfikacji rozdziału IV pkt 1 ppkt 3 lit. b w nawiązaniu do załącznika – formularza nr 4: *potwierdzenie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wg wzoru formularza nr 4 – oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane ważne badania sanitarno-epidemiologiczne.*
3. {rozdział XX Opis kryteriów oceny ofert} 1. *Wykonawca zobowiązany jest przedstawić w ofercie Koncepcji Wykonania Usługi, która będzie obejmować: 1.1.1. Jadłospisy 10-cio dniowe w rozbiciu na dni tygodnia, przygotowane dla dwóch sezonów: letnio-jesienno i zimowo-wiosennego dla diet: podstawowej, łatwo strawnej i łatwo strawnej z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów. Jadłospisy mają zawierać: nazwę potrawy/produktu, gramaturę potrawy/produktu, dzienną wartość energetyczną posiłków wyrażoną w kcal energii, dzienną wartość odżywczą wyrażoną zawartością białek, tłuszczu, węglowodanów, wit. C, wapnia, fosforu i magnezu w g/mg/μg. Jadłospisy mają być zgodne z najnowszymi zaleceniami Instytutu Żywności i Żywienia oraz literatury fachowej („Zasady prawidłowego żywienia chorych w szpitalach” pod red. Prof. dr hab, n. med. Mirosława Jarosza, Warszawa 2011; „Normy żywienia dla populacji polskiej – nowelizacja” pod red. Prof. dr hab. n.med. Mirosława Jarosza, Warszawa 2012; „Podstawy naukowe żywienia w szpitalach” J. Dzieniszewski, L. Szponar, J. Socha, Warszawa 2001.) w zakresie kaloryczności, wartości odżywczej i jakości serwowanych posiłków. Średnie wartości kaloryczne i odżywcze będą bilansowane na podstawie dekady. Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do przykładowego jadłospisu zestawienie średnich wartości odżywczych i kalorycznych każdej dekady danej diety.*

1.1.2. Wykaz sprzętu i urządzeń przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia.

1.1.3. Księga dobrej praktyki higienicznej (Good Hygienic Practice GHP) zawierająca co najmniej niżej wymienione procedury: • Procedury dotyczące przestrzegania zasad higieny osobistej pracowników. • Procedury dotyczące unieszkodliwiania odpadów i ścieków powstałych w wyniku prowadzenia działalności gospodarczej podczas produkcji żywności. • Procedury dotyczące monitorowania konserwacji maszyn i urządzeń oraz zabezpieczenia prób pokarmowych na wypadek wystąpienia lub podejrzenia zatrucia pokarmowego, w celu ustalenia przyczyn oraz okoliczności powstania zakażeń. • Procedury dotyczące dostawy i magazynowania produktów żywnościowych oraz transportu i dystrybucji posiłków. Wszystkie wskazane powyżej dokumenty należy dołączyć do oferty pod groźbą jej odrzucenia.

2. Szczegółowy opis oceny poszczególnych elementów Koncepcji Wykonania Usługi żywienia zbiorowego wraz z dystrybucją posiłków. Zamawiający uszczegóławia podział 10 punktów: 2.1. za jadłospisy: *najkorzystniejsze: tzn. takie jadłospisy, które zapewniają należyte wykonanie usługi, spełniają wymagania Zamawiającego w szerszym zakresie niż to wskazano w SIWZ. Uwzględniają produkty wysokiej jakości, poprawiające wartość odżywczą i kaloryczną posiłków, zastosowanie świeżych produktów sezonowych oraz urozmaicenie posiłków (zmiennosc produktów i potraw). Uwzględniają zalecenia Instytutu Żywności i Żywienia oraz literatury fachowej („Zasady prawidłowego żywienia chorych w szpitalach” pod red. Prof. dr hab. n. med. Mirosława Jarosza, Warszawa 2011; „Normy żywienia dla populacji polskiej — nowelizacja” pod red. Prof. dr hab. n. med. Mirosława Jarosza, Warszawa 2012; „Podstawy naukowe żywienia w szpitalach” J. Dzieniszewski, L. Szponar, J. Socha, Warszawa 2001) – 5 punktów * dopuszczalne: tzn. takie jadłospisy, które zapewnią należyte wykonanie usługi, uwzględnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, spełniają minimalne wymagania Zamawiającego w zakresie wartości odżywczej i kalorycznej posiłków – 0 pkt 2.2. za dobór sprzętu i urządzeń: * najkorzystniejszy: tzn. dobór takiego sprzętu i narzędzi, który zapewni profesjonalne wykonywanie usługi, poprzez zastosowanie nowoczesnych technologicznie maszyn i urządzeń, ułatwiający pracę osobom wykonującym swoje obowiązki, zwiększający wydajność pracy, zapewniający bezpieczeństwo higieniczne podczas produkcji i transportu posiłków, spełniający wszystkie wymagania stawiane Wykonawcom w zakresie sprzętu w SIWZ, przyjazne środowisku i energooszczędne – 2 punkty * dopuszczalny: tzn. dobór takiego sprzętu i narzędzi, który zapewni należyte wykonywanie usługi, poprzez zastosowanie maszyn i sprzętu, pozwalającego wykonywać czynności spełniające wymagania stawiane Wykonawcom w zakresie sprzętu w SIWZ – 0 punktów 2.3. za księgę dobrej praktyki higienicznej (GHP): *

*najkorzystniejsza, tzn. księga GHP dostosowana do potrzeb i specyfiki szpitala, uwzględniająca wymagania określone przez Zamawiającego w szerszym zakresie niż to wskazano w SIWZ, wyczerpująca wszystkie wymagania podczas produkcji żywności zasady, gwarantujące prawidłowość ich wykonywania i bezpieczeństwo sanitarne - 3 punkty *dopuszczalne: tzn. księga GHP spełniająca wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, nie wyczerpująca wszystkich wymaganych w procesie produkcji żywności zasad postępowania przy wykonywaniu określonych czynności, lecz gwarantujące prawidłowość ich wykonywania i bezpieczeństwo sanitarne – 0 punktów*

4. *Zasady waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy: 1) Strony ustalają, że w przypadku ustawowej zmiany stawek podatku VAT wynagrodzenie brutto Wykonawcy ulegnie zmianie. Zmiana ta będzie polegała na podwyższeniu wynagrodzenia Wykonawcy o wartość równą dodatkowym kosztom, które Wykonawca poniesie w związku ze wskazaną powyżej zmianą przepisów prawnych. Zwaloryzowane wynagrodzenie będzie obowiązywać od daty wejścia w życie nowych przepisów prawa i zostanie wprowadzone do niniejszej Umowy aneksem. 2) Strony ustalają, że dokonają odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia umownego Wykonawcy jeżeli w czasie obowiązywania Umowy ulegnie zmianie wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2012 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zmiana ta będzie polegała na podwyższeniu wynagrodzenia Wykonawcy o wartość równą dodatkowym kosztom, które Wykonawca poniesie w związku ze wskazaną powyżej zmianą przepisów prawa. Zwaloryzowane wynagrodzenie będzie obowiązywać od daty wejścia w życie nowych przepisów prawa i zostanie wprowadzone do niniejszej Umowy aneksem. 3) Strony ustalają, że dokonają odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia umownego Wykonawcy jeżeli w czasie obowiązywania Umowy ulegnie zmianie wysokość składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, a zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Zmiana ta będzie polegała na podwyższeniu wynagrodzenia Wykonawcy o wartość równą dodatkowym kosztom, które Wykonawca poniesie w związku ze zmianą wskazanych powyżej regulacji prawnych. Zwaloryzowane wynagrodzenie będzie obowiązywać od daty wejścia w życie nowych przepisów prawa i zostanie wprowadzone do niniejszej Umowy aneksem. 4) Strony dokonają odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego jeżeli w czasie obowiązywania Umowy zmianie ulegną zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, a zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Zmiana ta będzie polegała na podwyższeniu wynagrodzenia Wykonawcy o wartość równą dodatkowym kosztom, które Wykonawca poniesie w związku ze zmianą wskazanych powyżej regulacji*

prawnych. Zwaloryzowane wynagrodzenie będzie obowiązywać od daty wejścia w życie nowych przepisów prawa i zostanie wprowadzone do niniejszej Umowy aneksem, 5) Strony ustalają, że w przypadku zmiany prawa skutkującej wzrostem obciążeń publicznoprawnych dla Wykonawcy, w szczególności dotyczących rozszerzenia obowiązku uiszczenia przez Wykonawcę składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne w wymiarze wyższym niż obowiązujący w dniu podpisania niniejszej Umowy, kwota wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji niniejszej Umowy będzie każdorazowo zwiększona o wartość tychże obciążeń. Zwaloryzowane wynagrodzenie będzie obowiązywać od daty wejścia w życie nowych przepisów prawa i zostanie wprowadzone do niniejszej Umowy aneksem.

Dodatkowo odwołujący sprecyzował w szczególności powyżej wymienione zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych.

{ad zarzutu nr 2 i 3}

Odwołujący podał, że Zamawiający w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący *wiedzy i doświadczenia w zakresie usług tożsamych z przedmiotem zamówienia: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca złoży oświadczenie, że posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia oraz udokumentuje, że wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie – co najmniej jedną usługę o charakterze tożsamym z przedmiotem zamówienia, tj. polegającą na żywieniu chorych w szpitalu, o wartości zbliżonej do złożonej oferty (...)*

Po pierwsze, Odwołujący podniósł, że Zamawiający na gruncie obowiązujących przepisów bada doświadczenie wykonawcy wyłącznie w okresie trzech lat przed terminem składania ofert, a nie dniem wszczęcia postępowania.

Po drugie, Odwołujący wskazał, że Zamawiający obowiązany jest do ustalenia jednolitego warunku udziału w postępowaniu dla wszystkich wykonawców. Natomiast Zamawiający nie może żądać doświadczenia w wykonywaniu usług o wartości zbliżonej do złożonej oferty. Według Odwołującego taki opis warunku udziału w postępowaniu narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, gdyż Zamawiający wyznacza różny poziom wymaganego doświadczenia dla każdego wykonawcy odrębnie. Ponadto taki opis jest całkowicie nieprecyzyjny, bo zwrot „zbliżony” z oczywistych względów jest nazbyt ogólnikowy, a przez to nie jest użyteczny przy obiektywnej ocenie potencjału. Nie wiadomo, czy „zbliżony” oznacza przedział 10%, 15% czy może 20%, a może więcej.

Po trzecie, zdaniem Odwołującego zawężenie badania wiedzy i doświadczenia

wyłącznie do usług „tożsamy” świadczonych na rzecz „szpitali” ma charakter dyskryminujący, gdyż ogranicza konkurencyjność w postępowaniu. Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że wykonawca mający doświadczenie w zakresie usług żywienia chorych realizowanych również na rzecz innych zamawiających, np. w uzdrowiskach, sanatoriach itp. posiada należyty potencjał do wykonania usługi w sposób zgodny z warunkami opisanymi w SIWZ.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że Zamawiający żąda zbędnego dokumentu w postaci wykazu osób wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, gdyż nie skonkretyzował żadnego warunku udziału dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia, tzn. nie określił wymaganych od nich kwalifikacji, doświadczenia.

{ad zarzutu nr 4}

Odwołujący podał, że Zamawiający zawarł w rozdziale XX SIWZ następujący opis kryteriów oceny ofert: „2. *Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o kryterium: Zamawiający wyznaczył, następujące kryteria oceny i ich znaczenie: I. opis kryteriów oceny znaczenie w % 1 Cena oferty 95 % 2 Wsad do kotła powyżej wymaganego minimum 5 % Razem 100 % Opis sposobu oceny ofert I. Cena oferty oceniona zostanie w/g poniższej zasady: $C_{min} / C_{ox} \times 100 \times \text{ranga} \% C_{min}$ – minimalna cena w złożonych ofertach, C_o – cena oferowana Jako kryterium wyboru oferty przyjmuje się porównanie i ocenę danych przedstawionych przez Wykonawców. II. Kryterium wsad do kotła powyżej wymaganego minimum Oferowany wsad do kotła brutto powyżej minimalnego wymaganego przez Zamawiającego dla: – dla diet normalnych 3 posiłkowych: ocena proporcjonalnie od minimalnego 0 % do maksymalnego oferowanego przez Wykonawcę 3 %, – dla diet cukrzycowych 6 posiłkowych : ocena proporcjonalnie od minimalnego 0 % do maksymalnego oferowanego przez Wykonawcę 1 %, – dla diet cukrzycowych 5 posiłkowych: ocena proporcjonalnie od minimalnego 0 % do maksymalnego oferowanego przez Wykonawcę 1 %. II. Kryterium zostanie oceniona wg poniższej zasady: $W_o / W_{max} \times 100 \times \text{ranga} \% W_{max}$ (z ofert), W_o wsad oferowany w złożonych ofertach.*

Odwołujący ponadto podał, że według rozdziału II pkt 3 ppkt 6 II.3.6 w opisie przedmiotu zamówienia minimalny wkład do kotła Zamawiający określa na 5,50 zł brutto, a dla diet cukrzycowych 6-posiłkowych min. 7,00 zł brutto, dla diet cukrzycowych 5-posiłkowych 6,50 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po 19 października 2014 r. W konsekwencji Zamawiający ma obowiązek stosować przepisy ustawy pzp w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014 r., według przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 18 września 2014 r. poz. 1232). Dotyczy to w szczególności art. 91 ust. 2 i 2a ustawy pzp w następująco znowelizowanym brzmieniu: *2. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. 2a. Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.*

Zdaniem Odwołującego mając na względzie opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający ma obowiązek w przedmiotowym postępowaniu określić, oprócz kryterium ceny (cena oferty i cena wsadu do kotła), również drugie kryterium odnoszące się do przedmiotu zamówienia

Ponadto Odwołujący zarzucił, że utworzenie przez Zamawiającego dwóch podkryteriów, tj. ceny oferty i ceny wsadu do kotła narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż podkryterium dotyczące zaoferowania ceny wsadu do kotła preferuje w sposób nieuprawniony wykonawców, którzy mają większy potencjał finansowy lub działają na rynku lokalnym, a przez to są w stanie oferować stawki wsadu na warunkach korzystniejszych od pozostałych wykonawców.

Według Odwołującego podkryterium *cena wsadu do kotła* pozostaje również w całkowitej sprzeczności z podkryterium *cena*, gdyż nie ulega wątpliwości, że wartość wsadu do kotła musi być uwzględniana przez wykonawców w cenie oferty, a zatem im większą wartość wsadu do kotła oferują, tym wyższą cenę winni zaoferować w konsekwencji, licząc się z faktem, że w podkryterium „cena” otrzymają mniej punktów. Zdaniem Odwołującego inna strategia wykonawcy, związana z maksymalizacją wartości wsadu do kotła i jednoczesną minimalizacją ceny oferty, nosić będzie znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego za niedopuszczalne należy również uznać przyznanie przez Zamawiającego wagi kryterium *cena* na poziomie 95%, gdyż w konsekwencji niweczy to sens pozostałych kryteriów pozacenowych. W ocenie Odwołującego waga kryterium ceny powinna być ustalona na poziomie co najwyżej 70%, aby osiągnąć rezultat zakładany przez ustawodawcę w znowelizowanych przepisach ustawy pzp.

{ad zarzut nr 5}

Odwołujący podał, że rozdziale II pkt 2 termin realizacji umowy o przedmiotowe

zamówienie publiczne ustalony został na 48 miesięcy.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający nie zrealizował obowiązku wynikającego z dyspozycji art. 142 ust. 5 ustawy pzp, gdyż treść SIWZ nie zawiera postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że uzasadnieniem nowelizacji przywołanego art. 142 pzp było m.in. to, że: *„w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach.*

W ocenie Odwołującego należy jednoznacznie wskazać reguły, według których będzie wprowadzana zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku nowelizacji przepisów prawa. Przy czym dla zrealizowania dyspozycji art. 142 ust. 5 pzp należy precyzyjnie określić: 1) od jakiego momentu obowiązywania umowy wynagrodzenie wykonawcy będzie waloryzowane, 2) termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie; 3) z jaką częstotliwością waloryzacja będzie dokonywana, 4) o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana; 5) jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie.

Pismem z 25 listopada 2014 r. Zamawiający poinformował, że 24 listopada 2014 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wniesionym odwołaniu, a także przekazał drogą elektroniczną wykonawcy, który zgłosił zainteresowanie prowadzonym postępowaniem. Izba ustaliła dodatkowo, że Zamawiający dopełnił również obowiązku

zamieszczenia na swojej stronie internetowej również kopii odwołania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

W odpowiedzi na odwołanie z 28 listopada 2014 r. Zamawiający uwzględnił wszystkie zarzuty, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego wadliwego opisu kryterium oceny ofert.

W zakresie uwzględnionych zarzutów Zamawiający zobowiązał się do wprowadzenia zmian s.i.w.z. objętych żądaniami zgłoszonymi w odwołaniu, z tym że wartość jednej usługi o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia określił jako nie mniejszą niż 300 tys. zł rocznie, a także podał projektowane brzmienie postanowień dotyczących zmian umowy. W odniesieniu do zarzutu nieskonkretyzowania warunku dotyczącego potencjału osobowego, Zamawiający podał, że uczyni zadość alternatywnemu żądaniu. alternatywnych żądań związanych z zarzutem związanym z w

3 grudnia 2014 r. na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący oświadczył, że satysfakcjonuje go stanowisko Zamawiającego w zakresie uwzględnionych zarzutów, a ponadto, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nieuwzględnionego przez Zamawiającego.

Izba zważyła w tych okolicznościach, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. W tej sprawie *prima facie* nie można stwierdzić, że doszło do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, na zasadzie przepisu art. 186 ust. 2 pzp, albo do cofnięcia odwołania, o którym mowa w przepisie art. 187 ust. 8 pzp. Zamawiający nie uwzględnił bowiem w całości zarzutów przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu wniesionym 21 listopada 2014 r. Z kolei Odwołujący nie oświadczył, że cofa w całości to odwołanie. Zatem obie te czynności rozpatrywane odrębnie i niezależnie od siebie nie pozwalają na stwierdzenie zaistnienia podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego przewidzianej w którymkolwiek z przywołanych powyżej przepisów. Jednakże ponieważ częściowe uwzględnienie zarzutów i częściowe wycofanie zarzutów dotyczą tego samego postępowania odwoławczego, niezależne od chronologii tych czynności, rozważenia wymaga skutek, jaki łącznie wywołały dla tego postępowania.

Ponieważ Zamawiający uznał część zarzutów odwołania za zasadne, natomiast

w reakcji na to Odwołujący cofnął zarzut, który nie został uwzględniony, w rezultacie zaistniała sytuacja, o której mowa art. 186 ust. 2 pzp. Do takiej konkluzji przywiodły Izbę następujące argumenty.

Po pierwsze – za dopuszczalne i skuteczne należy uznać cofnięcie części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Z art. 187 ust. 8 pzp wynika, że odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy. Skoro odwołujący ma prawo cofnięcia wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu, to należy uznać, chociażby na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus*, że może również cofnąć tylko niektóre z tych zarzutów. Odwołujący może zatem zrezygnować z popierania wszystkich, niektórych lub nawet tylko jednego zarzutu odwołania, a rezygnacja z ich popierania powoduje, że nie podlegają one rozpatrzeniu w postępowaniu odwoławczym. W orzecznictwie Izby ukształtowała się bowiem tradycja, że cofnięte zarzuty odwołania pozostawia się bez rozpoznania w toku rozprawy. Niezależnie od powodów decyzji odwołującego w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego brak jest regulacji pozwalającej na ocenę przez Izbę, czy takie cofnięcie jest zgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub nie zmierza do obejścia prawa, jak to ma miejsce w postępowaniu cywilnym, gdzie sąd może uznać na tej podstawie powodów za niedopuszczalne cofnięcie pozwu lub ograniczenie roszczenia (art. 203 § 4 kpc).

Powoduje to również, że dla oceny skutków cofnięcia zarzutów odwołania nie ma znaczenia ustalenie, czy nastąpiło ono po wniesieniu przez zamawiającego odpowiedzi na odwołanie lub podjęciu innych czynności przez zamawiającego, a zatem wskutek zapoznania się przez odwołującego z merytorycznym stanowiskiem strony przeciwnej. Pozostawienie cofniętych zarzutów bez rozpatrzenia nie narusza w żaden sposób wynikającego z art. 192 ust. 7 pzp zakazu orzekania przez Izbę co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast cofnięcie zarzutów może mieć wpływ na rezultat tego rozpoznania, gdyż z mocy art. 192 ust. 2 pzp uwzględnienie odwołania jest możliwe, jeżeli zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W drugiej kolejności Izba zważyła, że w niniejszej sprawie nie zachodzą wątpliwości co do przedmiotu (zakresu) czynności podjętej przez Odwołującego, który po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie, w jakim nie zostało uwzględnione. Ponadto Odwołujący sam wniósł w związku z tym o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 pzp. Możliwe jest zatem precyzyjne i jednoznaczne ustalenie zarówno, które zarzuty i w jakim zakresie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, jak i które zarzuty i w jakim zakresie zostały wycofane przez Odwołującego.

Po trzecie – w tych okolicznościach należy ocenić stanowisko Zamawiającego

za uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które pozostały przedmiotem rozpoznania w tym postępowaniu odwoławczym, gdyż przedmiotem uwzględnienia zawartego w odpowiedzi na odwołanie były wszystkie sporne pomiędzy stronami zarzuty.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 pzp Izba bierze pod uwagę przy wyrokowaniu stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Z powyższego przepisu wyprowadzić należy wniosek, że podstawę orzekania winny stanowić wyłącznie zarzuty, które są przedmiotem sporu w momencie wydawania orzeczenia. Wynika to również z wyrażonej w art. 192 ust. 7 pzp zasady orzekania przez Izbę wyłącznie w granicach zarzutów, przy uwzględnieniu znaczenia jakie ustawodawca nadał dyspozytywnym czynnościom podejmowanym przez uczestników postępowania odwoławczego tj. możliwości cofnięcia odwołania i możliwości uwzględnienia odwołania. Zasada dyspozycyjności (rozporządzalności) w aspekcie formalnym (procesowym) oznacza, że strony mają swobodę w korzystaniu z przysługujących im środków prawnych. Na gruncie ustawy pzp zasada ta realizuje się poprzez możliwość skorzystania przez odwołującego z instytucji cofnięcia odwołania, w tym również ograniczenia zarzutów, a z drugiej strony poprzez możliwość uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Z kolei ponieważ art. 186 ust. 2 pzp stanowi o *uwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu*, a nie o *uwzględnieniu odwołania*, istotne zatem jest, czy na chwilę orzekania można stwierdzić zaistnienie w postępowaniu odwoławczym stanu uwzględnienia wszystkich zarzutów przedstawionych w odwołaniu i podtrzymanych przez odwołującego.

W tym zakresie Izba podzieliła zatem pogląd wyrażony uprzednio w następujących postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej: z 28 maja 2010 r. (sygn. akt: KIO 851/10, KIO 852/10, KIO 853/10, KIO 859/10), z 7 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 663/11), z 15 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1167/11), z 22 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1947/11), z 29 września 2011 r. (sygn. akt KIO 2007/11), z 27 września 2011 r. (sygn. akt KIO 2026/11) i z 21 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 284/12) i z 19 listopada 2013 r. (sygn. akt KIO 2601/13), że zastosowaniu art. 186 ust. 2 pzp nie stoi na przeszkodzie ograniczenie przez odwołującego żądań w toku postępowania odwoławczego, w sytuacji, gdy do tego postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden inny wykonawca.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający *de facto* w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i podtrzymane przez Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ powyższe uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło *de facto* przed otwarciem posiedzenia, na mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z późn. zm.).

Przewodniczący:

.....

.....