

Sygn. akt: KIO 358/22

POSTANOWIENIE
z dnia 24 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 24 lutego 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2022 r. przez wykonawcę **CATERMED sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze Dom Pomocy Społecznej w Łodzi, ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź,**

postanawia:

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy CATERMED sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź, kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), tytułem 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 (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze Dom Pomocy Społecznej w Łodzi, ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług gastronomicznych w zakresie całodobowego żywienia mieszkańców CRO DPS w Łodzi, ul. Przybyszewskiego 255/267”, numer referencyjny: ZP/1/CRO/2022/U. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.01.2022 r., nr 2022/S 021-052232.

W dniu 10.02.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca CATERMED sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91 204 Łódź, (dalej: „odwołujący”), zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 i w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, przez zastrzeżenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na wykazaniu, że wykonawca wykonywał usługi w zakresie przygotowania i dystrybucji posiłków, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, minimum dwie usługi obejmujące swym zakresem przygotowywanie i dostarczanie posiłków do DPS -ów o ilości mieszkańców żywionych dziennie w ilości minimum 400 osób, przez okres min. 1 roku o wartości zamówienia minimum 2 300 000,00 zł brutto, który to warunek udziału ma charakter dyskryminujący z uwagi na fakt, że spełnić go może wyłącznie obecny wykonawca przedmiotu zamówienia, gdyż oprócz zamawiającego wykonanie usługi na rzecz dowolnego innego DPS nie pozwala na spełnienie powyższego warunku, choć równie zdolni do wykonania zamówienia są wykonawcy wykonujący analogiczne usługi np. na rzecz szpitali, przez co w sposób nieuzasadniony doszło do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, z ostrożności odwołujący podnosi także, iż przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu jest niejasny, gdyż nie precyzuje, czy wykonawca ma się wykazać doświadczeniem w żywieniu naraz 400 osób jednego, czy też więcej DPS-ów, przez co zamawiający uchybił określeniu warunku udziału w postępowaniu przez wyrażenie go jako minimalnego poziomu zdolności, na skutek czego wykonawca nie jest w stanie złożyć rzetelnej oferty,
- 2) § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z art. 124 pkt 2 w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp przez określenie w swz wymogu przedstawienia przez wykonawcę kopii

dokumentu potwierdzającego dysponowanie przez wykonawcę kuchnią, z której będą przygotowywane posiłki dla zamawiającego, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy zamawiający nie jest uprawniony do żądania tego typu dokumentów od wykonawcy w postępowaniu,

- 3) art. 240 ust. 1 w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp przez określenie kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sposób wzajemnie sprzeczny w treści ogłoszenia o zamówieniu i w treści swz, przez co kryteria oceny ofert nie są określone w sposób jednoznaczny ani zrozumiały,
- 4) art. 353¹ Kodeksu cywilnego (dalej jako „kc”) oraz art. 483 § 1 kc w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 58 § 1 i 3 kc w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projektowanych postanowieniach umowy kar umownych rażąco wygórowanych oraz naliczanych w sposób kumulatywny,
- 5) art. 436 pkt 3 w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 58 § 1 i 3 kc w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę,
- 6) art. 431 w zw. art. 16 pkt 1 3, art. 17 ust. 1 pkt 1 2 ustawy Pzp i art. 5 oraz 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp przez zastrzeżenie w projektowanych postanowieniach umowy:
 - a) prawa do wypowiedzenia i odstąpienia od umowy jedynie po stronie zamawiającego, bez zastrzeżenia analogicznego uprawnienia dla wykonawcy,
 - b) prawa do wypowiedzenia i odstąpienia od umowy przez zamawiającego w sposób przekraczający swobodę kontraktowania, wynaturzając stosunek prawny przez narzucanie wykonawcy skrajnie niekorzystnych, niezapewniających w żaden sposób stabilizacji stosunku prawnego postanowień w tym zakresie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji swz we wskazany w odwołaniu sposób.

Pismem z dnia 22.02.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia je częściowo, tj. w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 3.

Pismem z dnia 23.02.2022 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, tj. zarzutów nr 4, 5 i 6.

Żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości:

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił:

b) w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Dlatego też Izba umorzyła postępowanie odwoławcze i nakazała zwrócić odwołującemu kwotę uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: