

Sygn. akt: KIO 1064/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 kwietnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 26 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez **wykonawcę CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wojewódzki Szpital Chorób Płuc im. dr Alojzego Pawelca z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczonej 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 (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Chorób Płuc im. dr Alojzego Pawelca z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim - prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pt. *„Usługa kompleksowego żywienia pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Chorób Płuc im. dr Alojzego Pawelca w Wodzisławiu Śląskim”*, numer, referencyjny: 2/2022/DZP/PN. Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych (ogłoszenie z dnia 11 kwietnia 2022 r. za numerem 2022/BZ P 00117267/01).

W dniu 19 kwietnia 2022 r. odwołanie wobec projektowanych postanowień umowy wniósł wykonawca CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – dalej Odwołujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 266 ustawy pzp w zw. z art. 359 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie określenia zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, mimo że umowa ma zostać zawarta na okres przekraczający 12 miesięcy;
2. art. 436 pkt 4 lit. b) tiret czwarty ustawy pzp w zw. z art. 266 ustawy pzp w zw. z art. 359 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie zastrzeżenia w projektowanych postanowieniach umowy zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342), pomimo faktu, że zamówienie ma zostać udzielone na okres przekraczający 12 miesięcy;
3. art. 433 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 266 ustawy pzp w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy pzp poprzez określenie w projektowanych postanowieniach umowy klauzuli przewidującej po stronie Zamawiającego prawo do ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;
4. art. 436 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 266 ustawy pzp w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy pzp poprzez brak określenia w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający;

5. art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp i art. 436 pkt 4 lit. b) i art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 266 ustawy pzp w zw. z art. 359 pkt 2 ustawy pzp poprzez wyłączenie możliwości zmiany cen przez cały okres obowiązywania umowy, w sytuacji gdy umowa ma zostać zawarta na okres przekraczający 12 miesięcy, co wymaga dopuszczenia klauzul waloryzacyjnych, a nadto nie można kategorycznie wyłączyć możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia, w przypadku gdy konieczność zmiany umowy spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1:

a) zmiany § 7 ust. 4 Załącznika nr 3 do SWZ Projektu Umowy poprzez: dodanie lit. f) w następującym brzemieniu: *„w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.”*;

b) zmiany § 7 Załącznika nr 3 do SWZ Projektu Umowy poprzez dodanie ust. 5 w następującym brzemieniu: *„W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w § 7 ust. 4 lit. f) wynagrodzenie Wykonawcy określone w § 7 ust. 1 podlega zmianie w ten sposób, że od 1 stycznia każdego roku kalendarzowego każda ze stron będzie upoważniona do dokonywania raz do roku automatycznej waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i dóbr konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedzający. Wynagrodzenie z tego tytułu może ulec zmianie nie więcej niż o 30%.”*

2. w zakresie zarzutu nr 2 zmiany § 7 ust. 4 Załącznika nr 3 do SWZ Projektu Umowy poprzez dodanie lit. g) w następującym brzemieniu: *„w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. Poz. 1342).”*

3. w zakresie zarzutu nr 3 zmiany § 8 ust. 1 Załącznika nr 3 do SWZ Projektu Umowy poprzez dodanie zdania drugiego w następującym brzemieniu: *„Zamawiający gwarantuje codzienną realizację usługi na poziomie 90% z 65 pełnych całodziennych posiłków na dobę; w przypadku spadku zamówienia poniżej tego poziomu Zamawiający wypłaci Wykonawcy rekompensatę obejmującą poniesioną stratę i utracony zysk.”*

4. w zakresie zarzutu nr 4 zmiany § 10 Załącznika nr 3 do SWZ Projektu Umowy poprzez dodanie ust. 7 w następującym brzmieniu: *„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić od Wykonawcy Zamawiający nie może przekroczyć 10% iloczynu: stawki brutto za całodienne wyżywienie (§ 7 ust. 1) i liczby 48360.”*

5. w zakresie zarzutu nr 5 zmiany § 7 ust. 2 Załącznika nr 3 do SWZ Projektu Umowy poprzez nadanie mu brzmienia: *„Przez cały okres obowiązywania umowy cena nie ulegnie zmianie, z zastrzeżeniem § 7 ust. 4 i 5 oraz art. 455 ust. 1 pkt 4 P.z.p.”*

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 25 kwietnia 2022 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni wniesione odwołanie w całości. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo uwzględniające odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie uwzględnione przed otwarciem rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden

wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a 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 ze zm.), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....