

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 24 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **Fudeko spółka akcyjna w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Fudeko spółka akcyjna w Gdyni** w kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej wpis 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 (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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

I. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *świadczenie usług całodziennego żywienia w formie cateringu dla pacjentów SP ZOZ Szpitala Specjalistycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku; Numer referencyjny: ZP 3-2023.*

W dniu 1 marca 2023 r. wykonawca Fudeko spółka akcyjna w Gdyni (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 131 ust. 2 PZP w zw. z art. 283 PZP poprzez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, tj. wyznaczenie minimalnego ustawowego, 7-dniowego terminu składania ofert, liczonego od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, podczas gdy w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (str. 8, ust. 7) Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że *wskazany jest aby Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienia dokonali wizji lokalnej w celu zapoznania się samodzielnie z ich stanem, pozostającym w nich wyposażeniem i na tej podstawie – dokonania ustalenia sprzętu, którego uzupełnienie będzie według wykonawców niezbędne dla realizacji usług zgodnie z wszelkimi wymogami Zamawiającego, jak również prac remontowych lub innych prac związanych z dostosowaniem i adaptacją pomieszczeń*, wobec czego Zamawiający powinien był wyznaczyć termin składania ofert dłuższy od ustawowego terminu minimalnego;

2) art. 16 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 283 PZP poprzez ustalenie odmiennego terminu składania ofert w dokumentacji przetargowej oraz na stronie internetowej prowadzonego postępowania, tj. termin 13 kwietnia 2023 r., godz. 10:00 w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ, natomiast 12 kwietnia 2023 r., godz. 12:00 na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz zaproszeniu do wzięcia udziału w postępowaniu;

3) art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. poprzez zaniechanie ustalenia warunku dotyczącego niezbędnego doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji usług całodziennego żywienia zbiorowego, podczas gdy w poprzednim postępowaniu, unieważnionym w dniu 30 marca 2023 r. Zamawiający określił w/w warunek jako:

*c) należyte wykonuje lub wykonał w ciągu ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 usługę żywienia całodziennego, która była świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy dla zakładów żywienia zbiorowego typu zamkniętego w rozumieniu ustawy oraz przygotowanie i transport gotowych posiłków dla ww. zakładów w ilości mniejszej niż średnio po 140 śniadań, obiadów i kolacji w ciągu jednego dnia.*

*Powyższą ilość należy wyliczyć jako średnią arytmetyczną z okresu dowolnych kolejnych 12 miesięcy, w których usługa była świadczona.*

*UWAGA! Zamawiający uzna także za spełnienie postawionego warunku, gdy wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje usługi jednocześnie na rzecz kilku podmiotów tj. zakładów żywienia zbiorowego typu zamkniętego i usługi te były świadczone nieprzerwanie, w tym samym czasie przez okres co najmniej 6 miesięcy, pod warunkiem, że suma przygotowanych posiłków na rzecz wszystkich podmiotów nie była mniejsza niż średnio po 140 śniadań, obiadów i kolacji w ciągu jednego dnia. Powyższą ilość należy wyliczyć jako średnią arytmetyczną z okresu kolejnych 12 miesięcy, w których były świadczone usługi realizowane w tym samym czasie*

i w konsekwencji tego ukształtowanie zasad udzielania zamówienia w sposób niezapewniający najlepszej jakości usług oraz niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia;

4) art. 16 pkt 3) w zw. z art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny, tj. poprzez zastrzeżenie szeregu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zaniechaniu określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego niezbędnego doświadczenia Wykonawcy;

5) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 PZP i art. 44 ust. 1 lit. a) ustawy z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców w zw. art. 58 ustawy Kodeks cywilny (dalej jako: k. c.) oraz art. 431 PZP poprzez sformułowanie w treści projektowanych postanowień umownych – postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów w taki sposób, że mają one charakter pozorny

i praktycznie wykluczają możliwość rzeczywistej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy lub możliwa zmiana będzie niewspółmierna do faktycznego wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, podczas gdy przepis art. 439 PZP wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 6 miesięcy i w konsekwencji tego ustalenie klauzul skutkujących uchycieniem się Zamawiającego od rzeczywistej partycypacji w zmienionych kosztach wykonania zamówienia;

6) art. 8 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 431 w zw. z art. 16 i art. 17 PZP w zw. z art. 5 i art. 353(1) k. c. w zw. z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 58 k.c. poprzez określenie w projektowanych postanowieniach umowy kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości wynagrodzenia wykonawcy, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stać u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę oraz poprzez zaniechanie zawarcia w projektowanych postanowieniach umowy sposobu weryfikacji faktu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w ramach którego Wykonawca miałby możliwość zajęcia w tym przedmiocie własnego stanowiska.

W konsekwencji tak postawionych zarzutów, Odwołujący wnosil o:

1) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie Zamawiającemu ustalenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, biorąc pod uwagę możliwość, a nawet wskazanie przez Zamawiającego odbycia przez Wykonawców wizji lokalnej pomieszczeń w celu zapoznania się samodzielnie z ich stanem, pozostającym w nich wyposażeniem i na tej podstawie – dokonania ustalenia sprzętu, którego uzupełnienie będzie według wykonawców niezbędne dla realizacji usług zgodnie z wszelkimi wymogami Zamawiającego, jak również prac remontowych lub innych prac związanych z dostosowaniem i adaptacją pomieszczeń;

2) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie Zamawiającemu zmiany projektowanych postanowień umownych w zakresie klauzul waloryzacyjnych, w szczególności § 12 ust. 1 pkt 1) – 6), np. w poniższy sposób:

#### *§ 12 Zmiany umowy*

*1. W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy, dopuszczalna jest zmiana wynagrodzenia brutto oraz netto, na zasadach określonych w poniższych punktach:*

1.) Zmiana wynagrodzenia (cen jednostkowych) określonego w umowie może nastąpić, jeżeli poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy obliczany względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie (obowiązujących w miesiącu, w którym upłynął termin składnia ofert) rozumiany jako obniżenie lub podwyższenie, przekroczył 3%,

2.) Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy, o którym mowa w pkt. 1) powyżej, jest określany:

a) w przypadku dokonywania pierwszej zmiany wynagrodzenia: w oparciu o skumulowaną (liczoną narastająco) wartość miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (w relacji miesiąc do miesiąca poprzedzającego) ogłaszanych przez Prezesa GUS na stronie internetowej, w miesiącach następujących po miesiącu, w którym upłynął termin składnia ofert;

b) w przypadku dokonywania drugiej i kolejnych zmian wynagrodzenia: w oparciu o skumulowaną (liczoną narastająco) wartość miesięcznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych (w relacji miesiąc do miesiąca poprzedzającego) ogłaszanych przez Prezesa GUS na stronie internetowej, w miesiącach następujących po ostatnim miesiącu uwzględnionym przy obliczaniu poprzedniej zmiany wynagrodzenia.

3.) W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów zgodnie z pkt 1 i 2, ceny jednostkowe za dostawy niewykonane do dnia wskazanego w pkt. 4 (oraz w konsekwencji wartość całkowitego wynagrodzenia) może ulec zmianie (odpowiednio: obniżeniu lub podwyższeniu) o kwotę wynikającą z tak obliczonego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów.

4.) Zmiana cen jednostkowych i wynagrodzenia na podstawie niniejszego ustępu będzie się odnosiła wyłącznie do cen jednostkowych usług realizowanych od dnia, od którego zmianie uległ bądź ulegnie koszt realizacji przedmiotu umowy, nie wcześniej jednak niż od pierwszego dnia miesiąca, w której Strona złożyła wniosek o dokonanie zmiany wynagrodzenia.

5.) Zmiana cen jednostkowych i wynagrodzenia określonego w umowie jest dopuszczalna po upływie każdego 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

6.) Każdorazowa zmiana wynagrodzenia (podwyższenie lub obniżenie) nie może przekroczyć (sumarycznie) 15% wynagrodzenia obowiązującego przed zmianą.

3) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie Zamawiającemu określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie doświadczenia Wykonawcy, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z projektowanych postanowień umowy kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia;

4) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji projektowanych postanowień umownych w zakresie kar umownych poprzez:

a) usunięcie z projektowanych postanowień umowy ust. 16 § 13 projektowanych postanowień Umowy, ewentualnie zastrzeżenie kary umownej w wysokości adekwatnej do naruszenia (np. 0,5% wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto Wykonawcy);

b) zastrzeżenia w projektowanych postanowieniach Umowy, że odniesienie się przez Zamawiającego do kary umownej liczonej od wartości Umowy brutto, jest tożsame z niezrealizowaną wartością umowy brutto;

c) zastrzeżenia w projektowanych postanowieniach Umowy, że każdorazowe naliczenie kary umownej poprzedzone zostanie postępowaniem wyjaśniającym, w ramach którego Wykonawca będzie miał możliwość zaprezentowania własnego stanowiska w zakresie zasadności nałożenia kary umownej. W szczególności każdorazowe naliczenie kary umownej z tytułu niewłaściwego wykonania Przedmiotu umowy uzależnione będzie od uprzedniego sporządzenia protokołu, potwierdzającego niewłaściwe wykonanie usługi, podpisanego przez obie Strony;

5) na podstawie art. 573 PZP o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

W dniu 19 kwietnia 2023 r., w odpowiedzi na odwołanie, złożonej przed otwarciem rozprawy, Zamawiający oświadczył, że:

„W zakresie zarzutu 1 – wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, tj. wyznaczenie minimalnego ustawowego terminu podczas gdy Zamawiający przewiduje możliwość dokonania wizji lokalnej, wobec czego Zamawiający powinien był wyznaczyć termin składania ofert dłuższy od ustawowego terminu minimalnego, Zamawiający oświadcza, że uwzględni odwołanie i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie.

W zakresie zarzutu 2 – ustalenie odmiennego terminu składania ofert w dokumentacji przetargowej oraz na stronie internetowej prowadzonego postępowania, Zamawiający oświadcza, że uwzględni odwołanie i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie.

W zakresie zarzutu 5 - postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów w taki sposób,

że mają one charakter pozorny i praktycznie wykluczają możliwość rzeczywistej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy lub możliwa zmiana będzie niewspółmierna do faktycznego wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, podczas gdy przepis art. 439 PZP wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin przekracza 6 miesięcy i w konsekwencji tego ustalenie klauzul skutkujących uchyleciem się Zamawiającego od rzeczywistej partycypacji w zmienionych kosztach wykonania, Zamawiający oświadcza, że uwzględnił odwołanie w części i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w części.

W zakresie zarzutu 6 – określenie w projektowanych postanowieniach umowy kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości wynagrodzenia wykonawcy, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę oraz poprzez zaniechanie zawarcia w projektowanych postanowieniach umowy sposobu weryfikacji faktu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w ramach którego Wykonawca miałaby możliwość zajęcia w tym przedmiocie własnego stanowiska, Zamawiający oświadcza, że uwzględnił odwołanie w części i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w części”.

Równocześnie Zamawiający wnosił o:

- 1) oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutu 3 – poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. poprzez zaniechanie ustalenia warunku dotyczącego niezbędnego doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji usług całodziennego żywienia zbiorowego,
- 2) oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutu 4 – poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nieproporcjonalny tj. poprzez zastrzeżenie szeregu kar umownych za niewykonanie i nienależyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zaniechaniu określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego niezbędnego doświadczenia Wykonawcy,
- 3) oddalenie odwołania w części w zakresie zarzutu 5 – poprzez sformułowanie w treści projektowanych postanowień umownych – postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów w taki sposób, że mają one charakter pozorny i praktycznie wykluczają możliwość rzeczywistej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy lub możliwa zmiana będzie niewspółmierna do faktycznego wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, podczas gdy przepis art. 439 PZP wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian

wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin przekracza 6 miesięcy i w konsekwencji tego ustalenie klauzul skutkujących uchyleniem się Zamawiającego od rzeczywistej partycypacji w zmienionych kosztach wykonania,

4) oddalenie odwołania w części w zakresie zarzutu 6 – określenie w projektowanych postanowieniach umowy kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości wynagrodzenia wykonawcy, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stanąć u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę,

5) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 21 kwietnia 2023 r. Odwołujący w piśmie zatytułowanym „Cofnięcie odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego” oświadczył, że cofa odwołanie „w pozostałej części, tj. w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego”.

**II.** Biorąc pod uwagę opisane wyżej oświadczenia Zamawiającego (o uwzględnieniu części zarzutów odwołania) i Odwołującego (o wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania) Izba umorzyła postępowanie na podstawie art. 522 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, 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.

W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 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. Zgodnie z przywołanym przepisem, koszty postępowania znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględni w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, pozostałe zarzuty zostaną przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Dlatego Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....