

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 16 marca 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Prowadzisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, w dniu 16 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2022 roku przez wykonawcę Impel spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Specjalistyczny MSWiA w Otwocku

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Impel spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu kwoty 6 750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Specjalistyczny MSWiA w Otwocku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 w zw. z art. 359 Ustawy pn.: *Świadczenie usług całodziennego żywienia w formie cateringu dla pacjentów Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala Specjalistycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku*. (znak postępowania: ZP 1-2022)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 7 lutego 2022 roku zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem ogłoszenia 2022/BZP 48210/02

Zamawiający dokonał zmianami SWZ w dniu 25 lutego 2022 roku

W dniu 2 marca 2022 roku wykonawca Impel spółka akcyjna z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia wobec niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego:

1) ustaleniu w dokumentacji postępowania warunku dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób wykraczający poza minimalne poziomy wymagane dla należytego wykonania zamówienia;

2) ustalenie w dokumentacji postępowania zastrzeżenia zobowiązującego wykonawcę do osobistej realizacji kluczowych części zamówienia w zakresie produkcji posiłków, dystrybucji przygotowanych posiłków na poszczególne oddziały, dystrybucji posiłków dla pacjentów w stołówce i ustalenie w SWZ zakazu podwykonawstwa w tym zakresie

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 112, art. 116 Ustawy przez określenie warunku udziału dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia oraz dotyczący wyższych niż minimalne poziomów zdolności wykonawcy tj.: ustalenie wymogu posiadania przez wykonawcę doświadczenia w realizacji co najmniej pięciu (5) zamówień podobnych podczas, gdy tak wysoka liczba wymaganych zamówień podobnych eliminuje z postępowania wykonawców dających ze względu na posiadane doświadczenie gwarancję należytego wykonania zamówienia a nadto nie jest usprawiedliwio-

na charakterystyką i specyfiką przedmiotu zamówienia;

- 2) art. 121 ust. 2 Ustawy w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 17 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy przez nieuzasadnione zastrzeżenie przez Zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, które to zastrzeżenie utrudnia uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawęża krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a nadto jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści SWZ i ogłoszenia przez:

- 1) zmianę warunku dotyczącego doświadczenia polegającą na obniżeniu wymaganej ilości zrealizowanych zamówień podobnych tj. ustalenie ww. warunku w następujący sposób:

*Warunek ten będzie spełniony przez Wykonawcę, jeżeli wykaże, iż zrealizował, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizuje w ciągu ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 usługi żywienia całodziennego w formie cateringu w podmiotach leczniczych realizujących świadczenia szpitalne, stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne inne niż szpitalne w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej, z czego co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto, i co najmniej jedną o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wg wzór stanowi Załącznik nr 8 do SWZ*

- 2) w zakresie dotyczącym podwykonawstwa:

zmianę dotychczasowej treści rozdz. III pkt 15 SWZ przez usunięcie wymogu dotyczących osobistej realizacji kluczowych części zamówienia i sformułowanie wymogów rozdz. III pkt. 15 SWZ w następujący sposób:

*Zamawiający dopuszcza możliwości powierzenia podwykonawcom dowolnych prac składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający nie wymaga osobistego wykonania zamówienia, którejkolwiek części zamówienia.*

- 3) dokonanie stosownej zmiany postanowień SWZ i ogłoszenia będących konsekwencją uwzględnienia wniosku 1) – 2) powyżej,
- 4) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podał, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień

publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Odwołujący wyjaśnił również, że stosownie do przepisu art. 515 ust. 2 pkt 2 Ustawy, odwołanie wobec czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Ustawy. Zamawiający w dniu 25.02.2022 r. dokonał zmiany SWZ i nadał nową treść ww. warunkowi realizacji zamówienia oraz wymogom dotyczącym obowiązku osobistej realizacji kluczowych części zamówienia co oznacza, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

**Izba ustaliła**, na podstawie pisma z dnia 7 marca 2022 roku przesłanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Zamawiającego, że informację o wpłynięciu odwołania zamieścił w dniu 3 marca 2022 roku na stronie prowadzonego postępowania oraz poinformował wykonawców za pomocą środków przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Izba stwierdziła, że do postępowania odwoławczego, w tym po stronie Zamawiającego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie do postępowania odwoławczego.

W dniu **14 marca 2022** roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego, które zatytułowane jest „**Wycofanie odwołania**”. W treści pisma Odwołujący podał:

*Działając w imieniu Odwołującego uprzejmie informuję, że w postępowaniu o zamówienie publiczne pn.: Świadczenie usług całodziennego żywienia w formie cateringu dla pacjentów Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala Specjalistycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku. (znak postępowania: ZP1-2022) Zamawiający w dniu 14.02.2022r. tj. po dacie otrzymania odwołania dotyczącego sprawy o sygn. akt: KIO 597/22 dokonał zmian SWZ polegających na:*

*1) zmianie warunku udziału postępowania:*

*z warunku zaskarżonego o treści:*

*Warunek ten będzie spełniony przez Wykonawcę, jeżeli wykaże, iż zrealizował, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizuje w ciągu ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 5 usług żywienia całodziennego w formie cateringu w podmiotach leczniczych realizujących świadczenia szpitalne, stacjonarne i całodobowe*

*świadczenia zdrowotne inne niż szpitalne w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej, z czego co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto, co najmniej trzy o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz 6 załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wg wzór stanowi Załącznik nr 8 do SWZ.*

*Na warunek o treści:*

*Warunek ten będzie spełniony przez Wykonawcę, jeżeli wykaże, iż zrealizował, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizuje w ciągu ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –w tym okresie, co najmniej 4 usługi żywienia całodziennego w formie cateringu w podmiotach leczniczych realizujących świadczenia szpitalne, stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne inne niż szpitalne w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej, z czego co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto, co najmniej jedna o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 zł brutto, co najmniej dwie o wartości nie mniejszej niż 250.000,00 zł brutto każda, z 6 podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wg wzór stanowi Załącznik nr 8 do SWZ.*

*2) usunięciu dotychczasowej treści rozdz. III pkt 15 SWZ, że:*

*Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie produkcji posiłków, dystrybucji przygotowanych posiłków na poszczególne oddziały, dystrybucja posiłków dla pacjentów w stołówce Szpitala.*

*i zastąpieniu ww. postanowienie treścią:*

*Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie produkcji posiłków.*

*które to czynności Odwołujący interpretuje jako uwzględnienie odwołania w całości.*

*Jednocześnie na wypadek, gdyby w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej treść ww. czynności Zamawiającego miała inne znaczenie niż uwzględnienie odwołania w całości, z daleko idącej ostrożności, działając w imieniu Odwołującego na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dn. (Dz.U. 2021 poz. 1129 t. j. z dnia 2021.06.24 ze zm. ) niniejszym oświadczam, że wycofuję w całości odwołanie wobec czynności i zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Świadczenie usług całodziennego żywienia w formie cateringu dla pacjentów Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala Specjalistycznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Otwocku. (znak postępowania: ZP 1-2022); sygn. akt: KIO 597/22.*

*W treści pisma został wskazany Zamawiający oraz podana została nazwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz sygnatura akt postępowania odwoławczego.*

pismo zostało podpisane przez Panią D. W. działającą na podstawie pełnomocnictwa załączonego do pisma.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej wpłynęła pismo od Zamawiającego w dniu 14 marca 2022 roku „**Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie**”. W złożonym piśmie zawierającym szerokie uzasadnienie Zamawiający wniósł o:

*odrzucenie odwołania w zakresie, w jakim dotyczy treści SWZ — rozdz. III ust. 15, fragmentu: Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie produkcji posiłków, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie PZP, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP, ewentualnie o oddalenie odwołania w tym zakresie oraz oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, w całości, jako bezzasadnego, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, na podstawie spisu kosztów*

Zamawiający wyjaśnił również, że dokonał w dniu 14 marca 2022 roku kolejnej zmiany SWZ oraz załączył dokumenty odnoszące się do tych zmian.

**Izba stwierdza**, że w tej sprawie odwoławczej odwołanie zostało skutecznie wycofane przed terminem posiedzenia i rozprawy z udziałem stron. Izba nie dokonuje interpretacji czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu w kontekście uznania ich za „uwzględnienie odwołania”. Oświadczenie o uwzględnieniu odwołania musi zostać złożone przez Zamawiającego. Wymaga odnotowania, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przez Odwołującego, zgodnie art. 568 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021, poz. 1129 ze zm.) oraz § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. 2020 poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3a 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....