

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 10 czerwca 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **10 czerwca 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 kwietnia 2021 r.** przez Odwołującego **Naprzód Hospital Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. Prof. S. Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. 3 Maja 13-15, 41-800 Zabrze**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczanego wpisu na rzecz **Naprzód Hospital Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź**

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

Dnia 19 kwietnia 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca Naprzód Hospital Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź (dalej jako „Naprzód Hospital Sp. z o.o.” albo „Odwołujący”). Odwołania zostało złożone przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 19.04.2021 r. udzielonego przez P.Z. ujawnionego i umocowanego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym wydrukiem KRS-u.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„ŚWIADCZENIE USŁUGI W ZAKRESIE PRZYGOTOWANIA I DOSTARCZANIA CAŁODZIENNEGO WYŻYWIENIA DLA PACJENTÓW SZPITALA Z UWZGLĘDNIENIEM ZALECEŃ DIETETYCZNYCH znak: ZP/15/PN/2021”*, przez Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. Prof. S. Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. 3 Maja 13-15, 41-800 Zabrze (dalej jako: „Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. Prof. S. Szyszko Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach” albo „Zamawiającym”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 kwietnia 2021 r. pod nr 2021/S 069 - 175666. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., zwana dalej „NPzp” albo „ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r.” albo „ustawy Pzp z 2019”.

Odwołanie złożono wobec treści projektowanych postanowień umownych:

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania w sprawie zamówienia publicznego:

1. art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 353 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie w § 8 ust. 8 projektowanych postanowień umownych, że wysokość wynagrodzenia Wykonawcy ulegnie zmianie (odpowiednio obniżeniu lub podwyższeniu), jeżeli wskaźnik zmiany cen usług towarów i usług konsumpcyjnych ustalany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” (Wskaźnik) ulegnie zmianie o co najmniej 8% w okresie kolejnych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, która to zmiana wskaźnika o co najmniej 8% w okresie kolejnych 12 miesięcy jest okolicznością nadzwyczajnie mało prawdopodobną i w konsekwencji

przedmiotowe postanowienie odbiera stronom umowy możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,

2. art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p., art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 3531 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez wskazanie w § 8 ust. 3 projektowanych postanowień umownych uprawnienia Zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia aż o 40% w stosunku do wartości w umowie, co jest wartością rażąco wygórowaną, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy,

3. art. 431 w zw. art. 16 pkt 1-3, art. 17 ust. 1 pkt 1-2 Pzp i art. 5 oraz 3531 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie w § 10 projektowanych postanowień umowy prawa do rozwiązania umowy i odstąpienia od niej jedynie po stronie Zamawiającego,

4. art. 483 § 1 w zw. z art. 3531 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez zastrzeżenie w § 10 ust. 4 lit. d) projektowanych postanowień umownych kary umownej kumulatywnej z karami umownymi, o których mowa w § 10 ust. 9 pkt 1 projektowanych postanowień umownych.

Wobec powyższego żądał nakazania Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1: zmiany treści § 8 ust. 8 zdanie pierwsze projektowanych postanowień umownych na następującą:

*„Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy ulegnie zmianie (odpowiednio obniżeniu lub podwyższeniu), jeżeli wskaźnik zmiany cen usług towarów i usług konsumpcyjnych ustalany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszany w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” (Wskaźnik) ulegnie zmianie o co najmniej 2% w okresie kolejnych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”*

2. w zakresie zarzutu nr 2: zmiany treści § 8 ust. 3 projektowanych postanowień umownych na następującą:

*„Zamawiający jest uprawniony do zmniejszenia zakresu zamówienia o 10% względem ilości wskazanych w załączniku nr ..... do umowy.”*

3. w zakresie zarzutu nr 3: przez dodanie do § 10 projektowanych postanowień umownych ust. 13 w brzmieniu następującym:

*„Wykonawca ma prawo do rozwiązania umowy w drodze złożenia Zamawiającemu oświadczenia na piśmie pod rygorem nieważności, z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia, bez podania przyczyn.”*

4. w zakresie zarzutu nr 4: przez wykreślenie § 10 ust. 4 lit. d) projektowanych postanowień umownych, ewentualnie przez dodanie do § 10 ust. 4 lit. d) następujących słów:

*„Nie dotyczy to wypadku, gdy przyczyną rozwiązania umowy była zapłata kar umownych przekraczająca wartość 10% kwoty wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 2 umowy na podstawie §10 ust. 9 pkt 1.”*

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie czynności z dnia 9 kwietnia 2021 r. opublikowania ogłoszenia o zamówienia oraz postanowień SWZ (na stronie internetowej Zamawiającego).

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu tego samego dnia e-mailem.

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

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2021 r. (na stronie internetowej Zamawiającego) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

Odwołujący, w dniu 9 czerwca 2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) przed wyznaczeniem terminu posiedzenia i rozprawy przed Izbą złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Odwołujący stwierdził, że wycofuje odwołanie wniesione dnia 19 kwietnia 2021 r. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone przez tą samą osobę co odwołanie.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie NPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie o sygn. akt: KIO 1186/21, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego

stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 NPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437).

**Przewodniczący:**

.....