

Sygn. akt KIO 1114/21

POSTANOWIENIE

z dnia 28 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **28 kwietnia 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 kwietnia 2021 r.** przez wykonawcę: **Naprzód Hospital Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Ogólny im. dr. Witolda Gineła w Grajewie, ul. Konstytucji 3 Maja 34, 19-200 Grajewo**

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Naprzód Hospital Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania.**

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

Szpital Ogólny im. dr. Witolda Gineła w Grajewie, ul. Konstytucji 3 Maja 34, 19-200 Grajewo, zwany dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługę żywienia pacjentów Szpitala Ogólnego w Grajewie”, znak sprawy ZP 02/21. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej „Pzp”. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.04.2021 r. pod nr 2021/S 065-166093 .

W dniu 12.04.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) wykonawca Naprzód Hospital Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź, zwana dalej: „Odwołujący”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”. Spełniało wszystkie wymogi formalne i było podpisane zgodnie ze wskazanym umocowaniem. Kopia odwołania przekazana Zamawiającemu zgodnie z załączonym dowodem w dniu 12.04.2021 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 436 pkt 3 Pzp poprzez nie wprowadzenie w projekcie kar umownych łącznej maksymalnej wysokości kar umownych;
- 2) art. 439 ust. 1 Pzp przez zaniechanie określenia w projektowanych postanowieniach umowy klauzul przewidujących wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia;
- 3) art. 99 ust. 1 Pzp z związku z art. 359 pkt 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty tj. zaniechanie podania danych dotyczących pracowników, w sytuacji zobowiązania do przejęcia tych pracowników na zasadzie art. 23¹ kodeksu pracy;
- 4) art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp w związku z art. 359 pkt 1 Pzp poprzez przewidzenie, że wykonawca ma legitymować się zezwoleniem na prowadzenie działalności cateringowej, w sytuacji gdy przepisy prawa nie wymagają takiego zezwolenia.
- 5) art. 246 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 359 pkt 1 Pzp wobec ustanowienia dwóch cenowych kryteriów ocen ofert: ceny i procentowego udziału wsadu w cenie, co w konsekwencji doprowadziło do tego że nie zostało przewidziane kryterium pozacenowe.

6) Art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez ustanowienie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert wsad do kotła, który jest kryterium nie przejrzystym i naruszającym zasadę uczciwej konkurencji.

7) art. 16 pkt 2 i 3 Pzp poprzez przewidzenie, że wykonawca ma na każde żądanie Zamawiającego przedstawić w terminie 7 dni dostarczać RTG płuc z opisem oraz dokumenty potwierdzające dwukrotne szczepienie p/odrze każdego pracownika, co jest wymogiem nieprzejrzystym i nieproporcjonalnym, pozbawionym podstaw prawnych
Wnosił o nakazanie:

I. Wprowadzenie maksymalnego limitu kar umownych w projekcie umowy;

II. Umieszczenie w SWZ następujących informacji:

1) podania informacji o wysokości wynagrodzenia przekazywanych pracownikom;

2) przekazania aktach wewnętrznych mających wpływ na ustalenie warunków pracy i płacy przyjmowanych pracowników tj. ZUZP, Regulamin Pracy, Regulamin; Wynagrodzenia, Regulamin ZFŚS, itp.

3) informacji o należnym wymiarze urlopu wypoczynkowego poszczególnych osób (zaległych, bieżących);

4) informacji na temat, jaki jest stopień niepełnosprawności przyjmowanych pracowników;

5) informacji na temat, czy pracownicy wykonują aktualnie pracę, czy korzystają z urlopów wypoczynkowych lub przebywają w długotrwałych zwolnieniach lekarskich, świadczeniu rehabilitacyjnym, urlopie macierzyńskim, urlopie wychowawczym lub bezpłatnym;

6) informacji na temat, czy pracownicy są objęci jakimikolwiek gwarancjami w zakresie ich zatrudnienia lub wynagrodzenia, które mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy oraz czy pracownikom wypowiedziano warunki umowy w części dotyczącej wynagrodzeń. Ewentualnie które składniki wynagrodzeń zostały zmienione do dnia ich przejścia;

7) informacji na temat tego, czy prowadzone jest postępowanie sądowe w zakresie spraw pracowniczych;

8) informacji na temat tego, czy po zakończeniu trwania umowy bądź po wypowiedzeniu umowy zamawiający zobowiązuje się do ponownego zatrudnienia przejętych pracowników;

9) informacji o tym jakie są ewentualne potrącenia z wynagrodzeń przyjmowanych pracowników;

10) informacji na temat, czy istnieje jakiekolwiek odrębne porozumienie, umowa pakiet socjalny podpisany ze związkami zawodowymi, w których pracodawca zobowiązuje się do jakichkolwiek gwarancji w zakresie zatrudnienia pracowników lub wysokości ich wynagrodzenia, które to gwarancje mogą uniemożliwić modyfikację ich stosunków pracy;

11) informacji na temat, czy na przewidywany dzień przejścia pracowników będą jakiegokolwiek nieuregulowane należności oraz jeżeli tak to z jakiego tytułu i w jakiej wysokości;

12) informacji na temat stanowisk pracy przekazywanych pracownikom.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie żaden wykonawca nie przystąpił. Wezwanie miało miejsce 14.04.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej).

W dniu 27.04.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że uwzględni w całości zarzuty Odwołującego przedstawione w odwołaniu i mając na uwadze postanowienia art. 522 ust. 1 nPzp wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego. Stwierdził, że Zamawiający po analizie odwołania złożonego przez Naprzód Hospital Sp. z o. o. postanowił uwzględnić złożone zarzuty i dokonać stosownych zmian w SWZ oraz w projekcie Umowy:

1. Zamawiający wprowadzi w projekcie umowy zapis regulujący łączną maksymalną wysokość kar umownych w wysokości równej karze umownej za odstąpienie, w celu wypełnienia zobowiązania zawartego w art. 436 ust. 3 Pzp, o następującym brzmieniu: „Łączna maksymalna wysokość nałożonych kar umownych nie może przekroczyć 20% kwoty brutto określonej w 8 ust. 5 niniejszej umowy”

2. Zamawiający wprowadzi w projekcie umowy stosowny zapis przewidujący wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

3. Zamawiający zamieści w SWZ stosowne informacje dot. pracowników, którzy mają być przejęci na podstawie art. 23¹ Kodeksu Pracy, mogące mieć wpływ na kalkulację oferty przez Wykonawców,

4. Zamawiający usunie wymóg legitymowania się przez Wykonawcę zezwoleniem na prowadzenie działalności cateringowej,

5. i 6. Zamawiający doprecyzuje kryteria oceny ofert poprzez wprowadzenie w SWZ pozacenowego kryterium oceny ofert.

7. Zamawiający usunie z projektu Umowy wymóg dostarczania przez Wykonawcę RTG płuc z opisem oraz dokumenty potwierdzające dwukrotne szczepienie p/odrze każdego pracownika.

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów wykonawcy, dalsze procedowanie złożonego odwołania stało się bezprzedmiotowe. Zamawiający wnosił o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp i nieobciążanie go kosztami postępowania. Odpowiedz została podpisana przez Dyrektora Szpitala Ogólnego im. dr. Witolda Gineła w Grajewie.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że 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. Zgodnie z art. 522 ust. 1 *in fine* nPzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit a 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 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....