



Mrągowo, dnia 29.01.2024r.

sygn. akt KIO 177/24

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
Krajowa Izba Odwoławcza  
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

**Szpital Mrągowski im. Michała Kajki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**  
ul. Wolności 12, 11-700 Mrągowo  
KRS: 0000490118, NIP: 7422247985  
tel: 89 741 94 03  
e-mail: [zaopatrzenie@szpital-mragowo.pl](mailto:zaopatrzenie@szpital-mragowo.pl)  
adres strony postępowania: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/873205>

**Odwołujący:**

**JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**  
z siedzibą w Gliwicach  
ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice  
KRS: 0000654522, NIP: 5532532013  
Tel. +48 426405777  
FAX: +48 422572816  
e-mail: [przetargi@rekeep.pl](mailto:przetargi@rekeep.pl)  
reprezentowana przez pracownika – Magdalenę Kolińską  
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: Usługa całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów**

## **ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE**

Działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023r. poz. 1605 z późn. zm.), zwaną dalej „Pzp” w odpowiedzi na odwołanie, **wnoszę o:**

- 1) oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu opisanego jako Zarzut nr 1 odwołania jako w całości bezzasadnego,
- 2) oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów opisanych jako Zarzut nr 2, Zarzut nr 3 oraz Zarzut nr 4 odwołania, względnie umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie,
- 3) (z ostrożności procesowej) - nieuwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą wszystkich twierdzeń i dowodów wskazanych przez Odwołującego,
- 4) przeprowadzenie dowodów wskazanych przez Zamawiającego w niniejszej odpowiedzi na odwołanie,
- 5) zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający stwierdza, iż Zarzut nr 1 opisany w odwołaniu jest całkowicie chybiony i w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, zaś w przypadku Zarzutu nr 2, Zarzutu nr 3 i Zarzutu nr 4 Zamawiający informuje, iż dokonał stosownych czynności (wyjaśnienia SWZ z dnia 17.01.2024r. oraz modyfikacja SWZ z dnia 17.01.2024r.), o których mowa poniżej, co w ocenie Zamawiającego winno skutkować również umorzeniem postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze w zakresie Zarzutu nr 2, Zarzutu nr 3 i



Zarzutu nr 4 stało się bezprzedmiotowe, bowiem czynności, których dotyczy złożone odwołanie, już nie istnieją, to z kolei powoduje, że substrat zaskarżenia został wyczerpany.

Zamawiający we wskazanym wyżej zakresie kwestionuje odwołanie, zaprzecza twierdzeniom odwołania, o ile nie zostaną one przez niego wyraźnie przyznane. Zamawiający w określonym wyżej zakresie podtrzymuje swoje stanowisko.

#### **Stan faktyczny:**

W dniu 16.01.2024r. do Zamawiającego wpłynęła w formie elektronicznej kopia odwołania JOL-MARK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako plik zatytułowany: 2024.01.16 Odwołanie Mrągowo.pdf zawierający pismo dotyczące odwołania podpisane przez pełnomocnika Odwołującego. Do Zamawiającego zostało przesłane jedynie pismo zawierające odwołanie oraz potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania, nie został dołączony dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania Odwołującego.

W dniu 17.01.2024r. Zamawiający na podstawie art. 524 Pzp poinformował wykonawców o wpłynięciu odwołania publikując na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wniesieniu odwołania oraz wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także kopię wniesionego odwołania.

Do dnia 22.01.2024r. do Zamawiającego nie zgłosił się żaden Wykonawca w celu przystąpienia do postępowania odwoławczego po którejkolwiek ze stron.

#### **UZASADNIENIE:**

Na wstępie Zamawiający zwraca uwagę, że przedmiot zamówienia w postaci usług cateringowych (żywienia pacjentów) to świadczenie opieki zdrowotnej udzielane przez szpital w trybie całodobowym, stacjonarnym adekwatnie do stanu zdrowia i danej jednostki chorobowej jako jeden z elementów leczenia. Stąd też jeżeli kierownik jednostki odpowiedzialny jest za organizację procesu leczenia pacjentów musi on tak kształtować wszelkie aspekty organizacyjne i funkcjonalne, aby zapewnić bezpieczeństwo i ciągłości tego procesu w stopniu najwyższym z możliwych. To kierownik jednostki we współpracy z odpowiednimi i mającymi stosowne kwalifikacje pracownikami podejmuje decyzje w imieniu Zamawiającego, spełnienia jakich warunków powinien żądać od przyszłych wykonawców, aby osiągnąć cel najwyższy jednostki w postaci prawidłowego leczenia chorych. Nie jest bowiem rolą zarówno Odwołującego i innych potencjalnych wykonawców ustalanie co leży, a co nie leży w interesie Zamawiającego, jak próbuje to przedstawić Odwołujący, chociażby żądając od KIO zobowiązania Zamawiającego do zmiany czy wykreślenia kar umownych.

Przy czym chociaż kształtowanie warunków postępowania, opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków realizacji zamówienia nie jest działaniem dowolnym, a ich kształt musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej, to Zamawiający uprawniony jest do prowadzenia postępowania (w tym ustalania zapisów umowy w zakresie wysokości kar), według własnych potrzeb. Oznacza to, że Zamawiający musi mieć na względzie, aby wynik postępowania zapewniał nabycie najbardziej użytecznego z jego punktu widzenia przedmiotu, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszony do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu.

W tym kontekście Zamawiający stwierdza, że zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz aktualną wiedzą medyczną i wskazaniem właściwych organów i organizacji (które zostaną przywołane w dalszej części niniejszego pisma), a także dobrymi praktykami i pragmatyką dotyczącą prowadzonej przez Zamawiającego działalności, podstawowym dobrem jakim kierować musi się Zamawiający jest ochrona zdrowia i życia ludzkiego. A zatem wszelkie nabywane przez Zamawiającego dobra, w tym usługi muszą być najbardziej użyteczne dla osiągnięcia wskazanego celu (dobro pacjenta).

Tym samym jeżeli obiektywnie można wykazać, że założone przez Zamawiającego wymagania w prowadzonym postępowaniu zmierzają do zapewnienia opisanego celu lub choćby w najmniejszym stopniu



preferują rozwiązania korzystniejsze w jakimkolwiek zakresie dla tego celu, to nie można ich uznać za nieuprawnione.

W tym stanie rzeczy nie można więc mówić w żadnym razie o wykorzystaniu pozycji dominującej organizatora przetargu, o dyskryminacji czy też nierównym traktowaniu tam, gdzie odstępienie od ustalonych przez Zamawiającego wymogów mogłoby (choćby tylko potencjalnie) zagrażać osiągnięciu pożądanego celu w procesie leczniczym.

Zamawiający w ustosunkowaniu się do zarzutów odwołania wskazuje następujące twierdzenia i dowody dostępne na stronie prowadzonego postępowania (<https://platformazakupowa.pl/transakcja/873205>): Ogłoszenie o zamówieniu 2024/BZP 00029232/01 z dnia 2024-01-11, SWZ z dnia 11.01.2024r., wyjaśnienia z dnia 17.01.2024r., modyfikacja SWZ z dnia 17.01.2024r., zawiadomienie o wniesionym odwołaniu z dnia 17.01.2024r., informacja z otwarcia ofert z dnia 19.01.2024r.

Po zapoznaniu się z treścią wniesionych przez Odwołującego zarzutów, Zamawiający nie widzi podstaw prawnych i faktycznych do ich uwzględnienia, albowiem w niniejszym postępowaniu (po uwzględnieniu wyjaśnień i modyfikacji z dnia 17.01.2024r.) przestały istnieć przesłanki do odwołania, a zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp „Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego”. Powyższe oznacza, że w sytuacji wprowadzenia zmian w treści SWZ, Izba jest zobowiązana orzekając brać pod uwagę treść SWZ w brzmieniu wynikającym z wprowadzonych modyfikacji. Nie występują zatem okoliczności uzasadniające zaistnienie naruszeń, o których mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Zamawiający zauważa również, że Odwołujący do dnia 22.01.2024r. mógł wnieść odwołanie na wyjaśnienia oraz modyfikację SWZ opublikowane dnia 17.01.2024r. na stronie postępowania, gdzie Zamawiający określił łączną maksymalną wysokość kar umownych oraz wysokość podważanych przez Odwołującego kar, a także minimalny próg wykonania umowy, czego jednak nie uczynił. Przyjąć zatem można, że wysokość kar umownych określona w wyjaśnieniach oraz modyfikacji SWZ z dnia 17.01.2024r. nie budziły zastrzeżeń i zostały zaakceptowane przez Odwołującego, czego wyrazem jest złożenie przez Odwołującego oferty w postępowaniu, którego odwołanie dotyczy.

**Wobec powyższego żądanie Zamawiającego oddalenia odwołania w całości jest uzasadnione.**

#### **Zarzut nr 1**

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu i wnosi o jego oddalenie. Zamawiający nie może dookreślić skorzystania z prawa opcji w zakresie wydłużenia trwania Umowy zgodnie z art. 441 Pzp, bowiem w żadnym z zapisów SWZ, ani załącznikach do SWZ Zamawiający nie wskazał, że będzie korzystał z prawa opcji. Wydłużenie okresu trwania umowy przewidywane jest w ramach skorzystania z zapisów art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp – zamówienia podobne. Nie dochodzi więc do naruszenia art. 441 ustawy Pzp, gdyż w prowadzonym postępowaniu nie ma on zastosowania. Zamawiający zauważa, że chcąc zapewnić sobie możliwość rozszerzenia bądź powtórzenia realizacji określonego zakresu zamówienia z umowy, może skorzystać z prawa opcji (art. 441 Pzp), wznowień (art. 31 ust. 2 oraz art. 35 ust. 1 Pzp) bądź udzielić tzw. zamówienia podobnego (art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp). Być może Odwołujący nie widzi różnicy w możliwościach rozszerzenia bądź powtórzenia realizacji określonego zakresu zamówienia z umowy, jednak w ustawie Pzp są one (jak wskazuje powyższe) regulowane zupełnie innymi przepisami. Są to odmienne konstrukcje prawne. Główna różnica pomiędzy opcją, wznowieniem i zamówieniem podobnym sprowadza się do tego, że dwie pierwsze instytucje realizowane są na podstawie już zawartej umowy, bez konieczności jej zmiany. W przypadku zamówienia podobnego jest ono wykonywane na podstawie nowej umowy, której warunki są uzgadniane przez Zamawiającego i wykonawcę w toku negocjacji. To Zamawiający decyduje, z której możliwości rozszerzenia bądź powtórzenia realizacji określonego zakresu zamówienia z umowy będzie korzystał, a nie Wykonawca.



## Zarzut nr 2

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu i wnosi o jego oddalenie, względnie umorzenie postępowania odwoławczego w tej części.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu „wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanych, nieprzejrzystych, a także niezapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców kar umownych za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy oraz w przypadku nieświadczenia usługi przez Wykonawcę”.

W omawianym postępowaniu poza Odwołującym występują również inni oferenci (informacja z otwarcia ofert z dnia 19.01.2024r.) i żaden z tych podmiotów nie wskazuje, jakoby (jak wskazuje Odwołujący) „Zamawiający wykorzystywał pozycję dominującą organizatora przetargu i uprzywilejowania pozycji polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanych, nieprzejrzystych, a także niezapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców kar umownych za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy oraz w przypadku nieświadczenia usługi przez Wykonawcę”.

Oznacza to, że jedynie Odwołujący ma wątpliwości co do przyjętych przez Zamawiającego zapisów, natomiast dla innych podmiotów zapisy są jasne i zrozumiałe oraz nie budzą ich wątpliwości.

Odwołujący domaga się wykreślenia dotychczasowej treści § 15 ust. 1 pkt b) i d) załącznika nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy na usługi, na co Zamawiający nie może się zgodzić.

Zamawiający nie zgadza się z tą tezą, tym bardziej, że w terminie na udzielenie wyjaśnień (do 17.01.2024r.) dokonał modyfikacji SWZ, gdzie kara umowna określona w § 15 ust. 1 pkt b) została w znaczny sposób zmieniona:

**Było:** b. jeżeli Wykonawca w całości nie świadczy usługi – w wysokości 100 % wynagrodzenia (brutto) za okres pozostały do zakończenia umowy.

**Jest po modyfikacji:** b. jeżeli Zamawiający rozwiąże umowę z tytułu przerwania przez Wykonawcę realizacji przedmiotu umowy (Wykonawca nie świadczy usługi) – w wysokości 15% wartości niezrealizowanej części umowy brutto.

Określoną przez Zamawiającego w SWZ, wyjaśnieniach i modyfikacji SWZ, wysokość kar być może i można uznać za wysoką, ale nie świadczy to o niezgodności z prawem.

Pamiętać również należy, że Zamawiający jako gospodarz postępowania w granicach przepisów prawa prowadzi je zgodnie z ustanowionymi przez siebie zasadami oraz ze świadomością grozących mu z tego tytułu niedogodności. Wysokość kar umownych określona przez Zamawiającego absolutnie nie ma charakteru nadmiernego, co więcej ich dalsze zmniejszenie doprowadziłoby do tego, że utraciłaby swój charakter gwarancyjny.

Przypomnieć należy, że element kar umownych nie jest przedmiotem zamówienia, a ma mieć charakter jedynie dyscyplinujący i ma miejsce tylko w razie wystąpienia okoliczności wymienionych w umowie.

Zasady dotyczące nakładania kar umownych na wykonawcę określone we wzorze umowy są przejrzyste i niebudzące wątpliwości interpretacyjnych. Wykonawcy mają zatem pełną świadomość co do sposobu, w jaki powinni kalkulować wynikające z zapisów umowy ryzyko w cenie oferty.

Odwołujący twierdzi, że zastosowane przez Zamawiającego kary są rażąco wygórowane, nieprzejrzyste, a także niezapewniające zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jednak słuszności tego twierdzenia nie wykazał. Należy mieć na uwadze, że celem ustalenia wysokości oraz łącznego limitu kary umownej jest zabezpieczenie prawidłowego wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę (nawet kosztem podwyższenia ceny oferty), a nie zminimalizowanie ryzyka wykonawcy. Co jednak najważniejsze, to zachowanie w sposób, który nie narazi Odwołującego na kary, zależy tylko i wyłącznie od dobrej woli wykonawcy, bowiem to będzie stanowiło o naliczeniu bądź nie, przewidzianych zapisami SWZ kar umownych.

Jednocześnie Zamawiający pragnie podkreślić, iż naliczenie jakichkolwiek kar będzie możliwe tylko w przypadku wskazanych w umowie naruszeń ze strony potencjalnego Wykonawcy. Przecież założeniem obydwu stron umowy jest jak najbardziej należyta realizacja usługi. Zamawiającemu nie zależy na naliczaniu kar umownych, ale na uzyskaniu należyście wykonywanej usługi, zwłaszcza jeśli dotyczy ona świadczenia usług



na rzecz pacjentów, za których dobro, zdrowie i życie Zamawiający ponosi odpowiedzialność i które stanowi główny przedmiot działalności Zamawiającego.

Poza tym Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że wysokość zastosowanych kar umownych jest rażąco wysoka i narusza jego interesy, niestosowana w obrocie lub mająca wyrządzić szkodę wykonawcy. Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp, Odwołujący ma obowiązek w odwołaniu wskazać m. in. okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. W ocenie Zamawiającego zachodzi brak wypełnienia tego obowiązku, dlatego Odwołujący pozbawił się możliwości uwzględnienia jego zarzutu, gdyż Zamawiający nie otrzymał nic, co mogłoby doprowadzić do weryfikacji jego decyzji.

**Postępowanie odwoławcze w zakresie Zarzutu nr 2 staje się bezprzedmiotowe, bowiem czynność, której dotyczy złożone odwołanie, już nie istnieje, to z kolei powoduje, że substrat zaskarżenia został wyczerpany.**

### **Zarzut nr 3**

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu i wnosi o jego oddalenie, względnie umorzenie postępowania odwoławczego w tej części.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu brak określenia w załączniku nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy na usługi łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający od Wykonawcy.

Odwołujący domaga się wprowadzenia do § 15 Załącznika nr 2/1 do SWZ – wzoru umowy na usługi ustępu 11 o następującej treści: „11. łączna maksymalna wysokość kar umownych nałożonych przez Zamawiającego na Wykonawcę w okresie trwania całej Umowy nie może przekroczyć 10 % całkowitej szacunkowej wartości usługi określonej w § 12 ust. 1.3”, na co Zamawiający nie może się zgodzić.

W odpowiedzi na sformułowane przez Odwołującego zarzuty informuję, że dnia 17.01.2024r., tj. w terminie na udzielenie wyjaśnień (do 17.01.2024r.) udzielił odpowiedzi na zadane m.in. przez Odwołującego pytania (odpowiedź na pytanie nr 8), gdzie określona została maksymalna wysokość kar umownych.

W wyniku udzielonych w dniu 17.01.2024r. wyjaśnień do SWZ, do Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2/1 do SWZ w § 15 dodany został ust. 11, któremu nadaje brzmienie: „łączna maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 25 % wartości umowy”.

Zamawiający w dniu 17.01.2024r. dokonał modyfikacji w zakresie podnoszonym przez Odwołującego przyjmując jednak, iż poziom maksymalny kar proponowany przez Odwołującego na poziomie 10% jest rażąco niski i nie będzie miał charakteru dyscyplinującego.

Co prawda określona odpowiedziami na zadane pytania maksymalna wysokość kar nie jest zbieżna z wysokością proponowanej przez Odwołującego, natomiast odwołanie dotyczy braku wskazania maksymalnej wysokości kar umownych, a nie jej wysokości.

Niemniej jednak z uwagi na przedmiot zamówienia i specyficzną działalność Zamawiającego, limit ten musi być ustalony na stosunkowo wysokim poziomie, albowiem naruszenia wynikające z przedmiotu zamówienia mogą wpływać bezpośrednio na życie i zdrowie ludzkie.

**Postępowanie odwoławcze w zakresie Zarzutu nr 3 staje się bezprzedmiotowe, bowiem czynność, której dotyczy złożone odwołanie, już nie istnieje, to z kolei powoduje, że substrat zaskarżenia został wyczerpany.**

### **Zarzut nr 4**

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu i wnosi o jego oddalenie, względnie umorzenie postępowania odwoławczego w tej części.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie określenia w załączniku nr 2/1 do SWZ - wzorze umowy minimalnego progu wykonania umowy pomimo możliwości jednostronnego zmniejszenia zakresu świadczenia Wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnia, że dnia 17.01.2024r., tj. w terminie na udzielenie wyjaśnień (do 17.01.2024r.) udzielił odpowiedzi na zadane m.in. przez Odwołującego pytania (odpowiedź na pytanie nr 7), gdzie dodał ust. 3.1. w § 4, któremu nadaje brzmienie: „3.1. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmniejszenia zamawianych ilości o 20%, a tym samym obniżenia wartości umowy wynikającego z faktycznego zapotrzebowania bez jakichkolwiek konsekwencji finansowych i odszkodowań na rzecz Wykonawcy”.



**Postępowanie odwoławcze w zakresie Zarzutu nr 4 staje się bezprzedmiotowe, bowiem czynność, której dotyczy złożone odwołanie, już nie istnieje, to z kolei powoduje, że substrat zaskarżenia został wyczerpany.**

Mając na uwadze powyższe stanowisko Zamawiającego, wnoszę jak na wstępie.

Odpowiedź na odwołanie przekazuje się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, uczestnikom postępowania odwoławczego oraz umieszcza się na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

**Załączniki:**

- 1) dowody wskazane w odpowiedzi na odwołanie
- 2) dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania Zamawiającego – informacja z KRS.