

Sygn. akt: KIO 1679/22

POSTANOWIENIE

z dnia 11 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu **11 lipca 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 czerwca 2022 roku** przez wykonawcę **CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Odwołującego CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;
3. znosi w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejsze postanowienie w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodnicząca:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 23 czerwca 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm. - zwanej dalej „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący”).

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Im. prof. W. Orłowskiego Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne na świadczenie usług społecznych pn: „Usługa żywienia pacjentów Szpitala w systemie bimarowym z pełną obsługą pacjenta w ciągu 24 miesięcy.” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 maja 2022 roku pod numerem: 2022/S 095-262604.

Odwołanie złożono na niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego, polegającą na określeniu kryterium oceny ofert.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 246 pkt i 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp poprzez określenie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert, do czego Zamawiający nie był uprawniony wobec nieokreślenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany:

- a) ogłoszenia o zamówieniu – w zakresie pkt II.5 poprzez wprowadzenie kryterium np.:
 - I. „Jakości całodziennego zestawu żywieniowego” o wadze: 20%;
 - II. Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną) o wadze: 20%”;
- b) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) w zakresie rozdziału 16 pkt 2 SWZ poprzez wykreślenie jego dotychczasowej treści i nadanie mu brzmienia np.:

„Zamawiający będzie oceniał oferty według następujących kryteriów:

1. Cena brutto oferty: 60%
2. „Kryterium: Jakości całodziennego zestawu żywieniowego” 20%

Liczba punktów w kryterium „Jakości całodziennego zestawu żywieniowego” będzie przyznawana w ten sposób:

Potwierdzenie jakości całodziennego zestawu żywieniowego (zawartość tłuszczu, węglowodanów, białka, błonnika oraz wartość energetyczna) – 20%

Ocena jakości na podstawie zaświadczenia wydanego od roku 2021 wzwyż przez akredytowane laboratorium żywnościowe, potwierdzającego jakość całodziennego zestawu żywieniowego w ramach danej diety szpitalnej łatwostrawnej.

Ocena na podstawie dołączonego do oferty zaświadczenia wydanego przez akredytowane laboratorium żywnościowe dla diety łatwostrawnej i przygotowany przez wykonawcę jadłospis 10dniowy (dla diety łatwo strawnej wraz z gramaturą potraw) – 20 pkt

Brak zaświadczenia wydanego od roku 2021 wzwyż przez akredytowane laboratorium żywnościowe, potwierdzającego jakość całodziennego zestawu żywieniowego w ramach danej diety szpitalnej łatwostrawnej – 0 pkt

3. „Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną)” o wadze: 20%

Potwierdzenie posiadania certyfikatu ISO 14001 poprzez dołączenie niniejszego dokumentu do oferty – 20 punktów

Brak certyfikatu ISO 14001 w ofercie – 0 pkt”

c) zmianę rozdziału 12 pkt 18 poprzez dodanie po lit. g) litery h-i) w brzmieniu np:

„h) Jadłospis 10-dniowy dla diety lekkostrawnej wraz z zaświadczeniem dotyczącym danej diety wydanym nie wcześniej niż w 2021 roku przez akredytowane laboratorium żywnościowe.

i) Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną)”

Odwołujący wskazał, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że zgodnie z art 246 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 Pzp (w tym Zamawiający), oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot

zamówienia. Wobec powyższego nie był uprawniony – w świetle art. 246 ust. 2 ustawy Pzp – do zaniechania określenia pozacenowego kryterium oceny ofert. Przepis ten znajduje zastosowanie również w postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi społeczne. Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający nie wskazał odpowiednio norm jakościowych dla produktów spożywczych, z których mają być sporządzane posiłki.

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

W aktach sprawy nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze Stron postępowania odwoławczego.

W dniu 7 lipca 2022 roku Zamawiający poinformował o dokonaniu następujących zmian w SWZ: w rozdziale 3 pkt 12 otrzymał brzmienie: Zamawiający określając standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich cech przedmiotu zamówienia wskazuje, że wymaga spełnienia standardów jakościowych wynikających z następujących dokumentów:

- a. Zalecenia narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego zawarte w publikacji z 2020 roku pod nazwą „Normy Żywienia dla populacji polskiej i ich zastosowanie” pod redakcją Mirosława Jarosza, Ewy Rychlik, Katarzyny Stoś, Jadwigi Charzewskiej;
- b. „Dietetyka żywności, żywienie w prewencji i leczeniu” IŻŻ (2016-2017) Redaktor naukowy: M. Jarosz;
- c. Opisie przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami.

Jednocześnie Zamawiający zmodyfikował treść opisu przedmiotu zamówienia oraz załączników nr 1 (Wykaz diet stosowanych w szpitalu), nr 2 (wykaz produktów dozwolonych i przeciwwskazanych w diecie stosowanej w Szpitalu) oraz 2.1 OPZ (wymagana na talerzu pacjenta gramatura produktów spożywczych i potraw gotowych na 1 posiłek) i załącznik nr 7 (pełen opis przedmiotu zamówienia).

W dniu 7 lipca 2022 roku Odwołujący złożył pismo, w którym wnosił o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp z tego powodu, że dalsze postępowanie odwoławcze stało się z innej przyczyny zbędne. Odwołujący zaznaczył, że przez dokonaną zmianę SWZ Zamawiający określił standardy jakościowe odnoszące się do istotnych cech zamówienia, do tych zaś elementów odnosił się główny zarzut odwołania. Zamawiający zatem po wniesieniu odwołania w pełni usunął zarzucane mu uchybienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi zmianami SWZ może znaleźć zastosowanie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny *Podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.*” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał zmiany zapisów SWZ, do których odnoszą się zarzuty odwołania. Zmiany te nie zostały przez Zamawiającego jedynie zasygnalizowane, ale w zostały jednoznacznie do dokumentów postępowania wprowadzone i opublikowane w odpowiednim publikatorze. Tym samym przed rozpoczęciem posiedzenia przed Izbą nie istniały już zapisy SWZ, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący. Dodatkowo wniosek o umorzenie na wskazanej przez Izbę podstawie prawnej złożył sam Odwołujący, wskazując, że wprowadzone zapisu czynią zadość jego żądaniom i eliminują uchybienia w opisie przedmiotu zamówienia.

Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. A jednocześnie z dniem dokonania zmian otwierał się ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do nowego brzmienia zapisów SWZ. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi

istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i sformułowanie warunków oceny ofert w sposób nieprawidłowy w połączeniu z ustalonym przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia bez odniesienia do aspektów jakościowych przedmiotu zamówienia.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązana uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał czynności zmiany zapisów SWZ odnoszących się do punktów będących podstawą wniesienia odwołania, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak

stanowi przepisu ustawy Pzp – zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego i nowego kształtu SWZ nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie.

Na podstawie art. 574 Pzp Izba orzekała o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu w wysokości 15 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Pzp.

Przewodnicząca: