

POSTANOWIENIE
z dnia 4 kwietnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 kwietnia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2016 roku przez wykonawcę: **Hospital System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Janickiego 20B, 60-542 Poznań,**
w postępowaniu prowadzonym przez: **Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica, ul Rydygiera 1, 64-920 Piła**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **„IZAN +” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Żabiniec 46, 31- 215 Kraków,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice** oraz **2) M-W DIAS, a.s. z siedzibą w Stodolní 316/2, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Hospital System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,** kwoty **13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy),** stanowiącej 90 % uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Specjalistyczny w Pile im. Stanisława Staszica [zwany dalej: „zamawiającym”] prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych i administracyjnych, utrzymania w czystości terenów zewnętrznych, transportu wewnętrznego, współdziałania z personelem medycznym w zakresie opieki nad pacjentem wraz z przejęciem pracowników w trybie art. 231 (1) KP Szpitala Specjalistycznego w Pile im. Stanisława Staszica oraz najmem pomieszczeń służących realizacji usługi*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015r., poz. 2164], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 marca 2016 roku pod numerem 2016/S 047-078351.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 18 marca 2016 roku wykonawca Hospital System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego oraz od zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do których był zobligowany przepisami ustawy Pzp, tj. od:

1. czynności dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nieprecyzyjny oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym zostały naruszone przepisy:
 - a) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nieprecyzyjny oraz istotnie naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
 - b) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 5 i art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 41 pkt 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności wobec dokonania opisu

sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w sposób ograniczający krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie do wykonawców z siedzibą lub adresem zamieszkania na terenie Rzeczypospolitej,

- c) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 5 i art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 41 pkt. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (zwanej dalej: „Dyrektywą”) poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności wobec dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób uniemożliwiający ubieganie się o zamówienie przez wykonawców z krajów Unii Europejskiej innych aniżeli Rzeczpospolita,
 - d) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zw. z art. 2 Dyrektywy poprzez dokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób uniemożliwiający skorzystanie z zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia innych podmiotów,
 - e) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8-10, art. 18, art. 28-37, art. 49-55, art. 56-62 Traktatu o funkcjonowaniu UE (TFUE) poprzez dokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w sposób naruszający zasady swobody przepływu towarów, przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług a także ogólnych zasad działania UE zakazujących dyskryminacji oraz nakazujących znoszenie nierówności we wszystkich dziedzinach;
- 2. czynności określenia możliwości dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób niezgodny z przepisem art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, czym został naruszony przepis art. 140 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 i w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 58 § 1 k.c. i art. 746 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp;
 - 3. czynności określenia możliwości zmniejszenia lub zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia publicznego bez jednoznacznego wskazania w jakim zakresie będzie uprawniony do skorzystania z tego zastrzeżenia, co oznacza zarazem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający wykonawcom prawidłowe skalkulowanie oraz przygotowanie oferty, czym zostały naruszone przepisy art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp

i art. 58 § 1 k.c., art. 750 k.c. w zw. z art. 736 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1 ustawy Pzp;

4. czynności określenia zasad wprowadzenia odpowiednich zmian do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, w sposób niezgodny z tym przepisem, czym został naruszony przepis art. 142 ust. 5 ustawy Pzp;
5. czynności określenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, oraz stawianie wymogów w zakresie przedmiotu zamówienia sprzecznych z przepisami prawa, czym zostały naruszone przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
6. czynności dopuszczenia przez zamawiającego podwykonawstwa jedynie w zakresie czynności pomocniczych do kluczowych części zamówienia, za które zamawiający uznaje wszystkie usługi związane z utrzymaniem czystości i higieny oraz transportu wewnętrznego i czynności pomocowych oraz czynności określenia w sposób nieprecyzyjny zakresu znaczeniowego „*czynności pomocniczych do kluczowych części zamówienia*”, czym zostały naruszone przepisy art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 356 § 1 k.c. oraz art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp;
7. czynności przyjęcia jako kryterium oceny ofert kryterium „ilość zaoferowanych maszyn szorująco zbierających”, czym został naruszony przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp;
8. czynności określenia sposobu oceny (punktowania) w ramach kryterium pozacenowego „*ilość zaoferowanych maszyn szorująco – zbierających*” bez wskazania maksymalnej ilości tychże maszyn, które zaoferować może wykonawca, czym został naruszony przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 2 Dyrektywy.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności zamawiającego oraz nakazanie zamawiającemu zmianę opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w sposób wskazany w odwołaniu, zmianę stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie wskazanym w odwołaniu oraz zmianę SIWZ (oraz właściwych do niej załączników) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nienaruszający przepisów ustawy Pzp w sposób szczegółowo określony w odwołaniu. A nadto, odwołujący wnosił o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem

na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł.

W dniu 25 marca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie (faksem oraz za pośrednictwem poczty elektronicznej), w której ustosunkowując się do zarzutów podniesionych przez odwołującego wskazał jakie z nich uwzględnił i w jaki sposób dokona stosownych modyfikacji SIWZ w tym zakresie. Ponadto, wnosił o zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów zastępstwa wg norm przepisanych oraz kosztów stawiennictwa na rozprawę.

W dniu 1 kwietnia 2016 roku zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej (faksem oraz za pośrednictwem poczty elektronicznej) pismo uzupełniające do odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 marca 2016 roku, w którym wskazał, że przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, tj. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz M- W DIAS, a.s. wystąpili o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. pkt 1 i 13 załącznika nr 1 do SIWZ oraz, że postanowił uwzględnić również te postulaty.

W dniu 1 kwietnia 2016 r., a zatem przed otwarciem rozprawy, odwołujący doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej – za pośrednictwem faksu - oświadczenie o wycofaniu odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, tj.:

- 1) wykonawcę: „IZAN +” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz M-W DIAS, a.s., zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 18 marca 2016 roku poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wniesieniu odwołania przez zamieszczenie na swojej stronie internetowej kopii odwołania.

Pisma, zawierające zgłoszenia przystąpienia wykonawców, o którym mowa powyżej, doręczone zostały - w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu - Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowo określonym terminie, tj. w dniu 18 oraz 21 marca 2016 roku, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali stronę, do której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony, a także załączyli dowody przekazania stronom kopii zgłoszenia ww. przystąpień.

Wobec powyższego, Izba uznała, że ww. wykonawcy skutecznie dokonali zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

*Następnie należy wskazać, iż zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp **Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.***

Jest to czynność dyspozytywna odwołującego i jak wynika z brzmienia przepisu art. 187 ust. 8 zd. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie aż do czasu zamknięcia rozprawy.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia, odwołujący doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o cofnięciu odwołania w dniu 1 kwietnia 2016 roku, a zatem przed otwarciem rozprawy. Oświadczenie to zostało podpisane przez osobę uprawnioną do działania w imieniu odwołującego.

Uwzględniając powyższe, Izba, na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze.

Natomiast, na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty stanowiącej 90 % uiszczanego wpisu, tj. kwoty 13 500,00 zł.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: