

Sygn. akt: KIO 930/16

POSTANOWIENIE
z dnia 8 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2016 r. przez wykonawcę **Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **Gastro Servis sp. z o.o. w Łodzi**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych) na rzecz wykonawcy **Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „kompleksowa usługa żywienia pacjentów i personelu Wojewódzkiego Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 maja 2016 r. nr 2016/S 096-171711. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na opisaniu kryteriów oceny ofert, wykonawca Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 8 czerwca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, preferujący jednego wykonawcę, polegający na rezygnacji z istotnego dla zamawiającego z kryterium oceny ofert „doświadczenie w kompleksowym żywieniu pacjentów” oraz zastąpienie go kryterium oceny ofert – „posiadanie certyfikatu”,
- 2) art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003.153.1503 t.j.) przez rezygnację z istotnego dla zamawiającego kryterium oceny ofert „doświadczenie w kompleksowym żywieniu pacjentów” oraz zastąpienie go kryterium oceny ofert – „posiadanie certyfikatu”, jedynie po to, by oferta wykonawcy, któremu sprzyja zamawiający została wybrana jako najkorzystniejsza,
- 3) art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez wprowadzenie nieprawidłowego kryterium oceny ofert – „Posiadanie certyfikatu”, tj. certyfikatu 9001 dla kuchni, w której będą przygotowywane posiłki dla zamawiającego, w sytuacji gdy certyfikat 9001 nie jest wydawany dla pomieszczenia, lecz na rzecz określonego podmiotu

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmianę sekcji II pkt II.2.5. ogłoszenia o zamówieniu przez wykreślenie kryterium oceny ofert „posiadanie certyfikatu” i wprowadzenie jako kryterium oceny ofert „doświadczenie w kompleksowym żywieniu pacjentów”;

- 2) zmianę rozdziału VIII pkt 1 SIWZ przez wykreślenie kryterium oceny ofert „posiadanie certyfikatu” i zastąpienie go kryterium oceny ofert „doświadczenie w kompleksowym żywieniu pacjentów”,
- 3) zmianę rozdziału VIII pkt 3 SIWZ przez wykreślenie jego treści w całości i zastąpienie go następującym brzmieniem: *„Wykonawca otrzyma 1 punkt za każdą wykonaną usługę żywienia pacjentów o podobnym charakterze co podmiot niniejszego zamówienia świadczona w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, w obiekcie ochrony zdrowia o wartości brutto minimum 7.000.000,00 zł spełniająca wymagania określone poniżej i udokumentuje, że usługa ta została wykonana należycie. Usługa wykonana w obiekcie ochrony zdrowia, przez który Zamawiający rozumie przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego, w którym podmiot ten wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczenia szpitalne. Posiłki przygotowywane i dystrybuowane w formie cateringu. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie jeden/ą kontrakt/umowę wykonany w sposób ciągły przez co najmniej 36 miesięcy”,*
- 4) ewentualnie zmianę rozdziału VIII pkt 3 SIWZ przez wykreślenie sformułowania ‘certyfikat ISO 9001 dla kuchni, w której będą przygotowywane posiłki dla Zamawiającego’ i zastąpienie go następującym brzemieniem: "zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi - certyfikat ISO 9001 dla systemów zapewnienia jakości w zakresie usług utrzymania żywienia"

Powyższe ustalono na podstawie treści odwołania, znajdującego się w aktach sprawy.

Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 2 czerwca 2016 r. (znak: EZ.28.87 720 2016.AG) oraz przekazanej kserokopii dokumentacji postępowania ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 31 maja 2015 r., drogą elektroniczną, zamieszczając je na swojej stronie internetowej.

W dniu 2 czerwca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Gastro Serwis sp. z o.o. w Łodzi.

Posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego zostało wyznaczone na dzień 8 czerwca 2016 r., godz. 10.00. Strony i przystępujący zostali prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia faksem w dniu 3 czerwca 2016 r. (zawiadomienia o terminie posiedzenia, w aktach sprawy).

Ustalono także, że 6 czerwca 2016 r., do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (pismo zamawiającego z 6.6.2016 r. znak: EZ.28.87 737.2016 AG, w aktach sprawy).

Na posiedzenie Izby wyznaczone w dniu 8 czerwca 2016 r. o godz. 10.00 stawili się odwołujący i przystępujący. W trakcie posiedzenia Izba poinformowała obecnych, że do akt sprawy wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Odwołujący i przystępujący oświadczyli, że treść odpowiedzi jest im znana.

Izba wezwała przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie korzystania z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Przystępujący się złożył wniosek o odroczenie posiedzenia Izby celem rozważenia zasadności wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Izba poinformowała przystępującego, że nie przychyliła się do jego wniosku o odroczenie posiedzenia i że prawo do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości przysługuje mu do czasu zamknięcia posiedzenia. Izba zarządziła przerwę celem umożliwienia przystępującemu podjęcia decyzji co do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Po przerwie stawili się przystępujący i odwołujący. Przystępujący oświadczył, że *zglasza sprzeciw, że nie zgłoszenie sprzeciwu do czasu zamknięcia posiedzenia skutkować będzie umorzeniem postępowania odwoławczego. Uważa, że ma czas 3-dniowy na zgłoszenie oświadczenia o sprzeciwie w myśl przepisów rozporządzenia o regulaminie postępowania o rozpoznawaniu odwołań.* Na pytanie Izby czy zgłasza dalsze wnioski na posiedzeniu odparł, że ma tylko wnioski dowodowe zgłaszane na rozprawie. Innych wniosków nie złożył. Powyższe ustalono na podstawie treści protokołu posiedzenia Izby z 8 czerwca 2016 r. (w aktach sprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywoływanym przepisem, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ponadto zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp Izba rozpoznaje odwołanie, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego wniosie sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zamawiający złożył skuteczne oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów w całości. W tej sytuacji, przesłanką do wyznaczenia rozprawy i rozpoznania odwołania było wniesienie przez przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości do czasu zamknięcia posiedzenia, co nie nastąpiło.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatecznej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej, w związku z czym uczestnicy postępowania odwoławczego stawiając się na posiedzenie winni być gotowi do określenia swoich stanowisk procesowych warunkujących dalsze procedowanie w sprawie, zwłaszcza stanowisk wynikających z okoliczności, o których powzięli wiedzę przed terminem posiedzenia. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Przepis § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2014 poz. 964) nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu na mniej niż 3 dni przed terminem tego posiedzenia. Z przepisu tego wynika wyraźnie, że wzywaniem przez Izbę uczestnika postępowania do złożenia oświadczenia co do wniesienia sprzeciwu, *następuje w zależności od poczynionych ustaleń faktycznych*. W analizowanej sprawie z oczywistych względów nie było konieczności wzywania przystępującego do złożenia sprzeciwu, bo wykonawca ten został prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia, stawił się na nie będąc prawidłowo reprezentowany i wiedział, że zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Podkreślenia wymaga, że przepis § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań określa sposób procedowania Izby na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, kiedy to konieczność przeprowadzenia posiedzenia z udziałem stron nie jest jeszcze przesądzona, a komunikacja między Izbą a uczestnikami postępowania jest prowadzona w formie pisemnej lub elektronicznej, co wymaga zakreślenia odpowiedniego terminu na przekazanie oświadczenia Izbie. Jeżeli

jednak posiedzenie z udziałem stron zostało wyznaczone, a okres między uwzględnieniem w całości zarzutów odwołania a terminem posiedzenia jest krótszy niż 3 dni, przystępujący ma możliwość złożenia oświadczenia w sprawie sprzeciwu bezpośrednio przed Izbą, a wyznaczanie mu trzydniowego terminu na dokonanie tej czynności jest tak niecelowe, jak i niemające oparcia w przepisach prawa. Co do konieczności złożenia przez przystępującego, prawidłowo zawiadomionego o posiedzeniu Izby, oświadczenia o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, najpóźniej do momentu zamknięcia posiedzenia Izby, podzielono stanowisko uprzednio wielokrotnie wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14) czy postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10).

W trakcie posiedzenia 8 czerwca 2016 r. Izba poinformowała obecnych, że do akt sprawy wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Przystępujący stwierdził, że treść odpowiedzi jest mu znana. Na pytanie Izby, czy zgłasza jakieś wnioski, przystępujący oświadczył, iż *zgłasza sprzeciw, że niezgłoszenie sprzeciwu do czasu zamknięcia posiedzenia skutkować będzie umorzeniem postępowania odwoławczego. Uważa, że ma czas 3-dniowy na zgłoszenie oświadczenia o sprzeciwie w myśl przepisów rozporządzenia o regulaminie postępowania o rozpoznawaniu odwołań.* Na kolejne pytanie Izby czy zgłasza dalsze wnioski na posiedzeniu odparł, że ma tylko wnioski dowodowe zgłaszane na rozprawie. Innych wniosków nie złożył.

Jak wynikało z powyższego, jedyny wniosek, który przystępujący przedstawił - zgodnie z jego treścią - zmierzał wyłącznie do polemiki ze stanowiskiem Izby, która poinformowała przystępującego, że ewentualne oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, powinien zgłosić do czasu zamknięcia posiedzenia, pod rygorem umorzenia postępowania. Przystępujący do zamknięcia posiedzenia nie zgłosił natomiast sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Brak było również podstaw, aby - wobec wyraźnych oświadczeń pełnomocnika - domniemywać chęci złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości wyłącznie z faktu zakomunikowania przez pełnomocnika, że posiada on dowody, które mogłyby być złożone na rozprawie. Zauważyć należy, iż przystępujący jako uczestnik postępowania odwoławczego, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy przed Izbą zobowiązany jest do gotowości składania wszelkiego rodzaju oświadczeń, w tym także oświadczeń o charakterze procesowym, mających wpływ na jego sytuację w postępowaniu odwoławczym. Uczestnik postępowania był prawidłowo reprezentowany na posiedzeniu,

został wezwany do złożenia stanowczego stanowiska w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, Izba wyraźnie zaznaczyła, iż takie prawo przysługuje uczestnikowi do czasu zamknięcia posiedzenia, co jednocześnie oznacza negatywną decyzję składu orzekającego w przedmiocie odroczenia posiedzenia. Tymczasem oświadczenia pełnomocnika przystępującego stanowiły jedynie polemikę z decyzją składu orzekającego, brak było natomiast wyrażenia stanowiska, które umożliwiłoby Izbie merytoryczne rozpoznanie odwołania. Jak już zauważono w uzasadnieniu postanowienia oświadczenia o wniesieniu sprzeciwu nie można domniemywać i wywodzić z innych wniosków uczestnika postępowania. Wobec braku oświadczenia o wniesieniu sprzeciwu, Izba zobowiązana treścią przywołanych wcześniej przepisów postępowanie umorzyła.

W związku z powyższym Izba, na podstawie art. 186 ust. 3, art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak na wstępie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz. 238), zgodnie z którym w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy - Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: