

Sygn. akt: KIO 2652/12

POSTANOWIENIE
z dnia 12 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 12 grudnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **ISS Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kondratowicza 8**

przy udziale wykonawcy **Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sowizdrzała 3** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2652/12 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcę **ISS Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 2** 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie dla Warszawy - Pragi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na usługę zbiorowego żywienia w zakresie przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów hospitalizowanych w Mazowieckim Szpitalu Bródnowskim w Warszawie sp. z o.o. zostało wszczęte przez zamawiającego Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Kondratowicza 8 przekazaniem wykonawcy Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sowizdrzała 3 zaproszenia do negocjacji w dniu 15 października 2012r. W dniu 18 października 2012r. zamawiający zawiadomił o wszczęciu postępowania Prezesa Zamówień Publicznych. W dniu 15 października 2012r. zamawiający przeprowadził negocjacje z zaproszonym wykonawcą, w tym też dniu została podpisana umowa z Vendi Servis sp. z o.o. W dniu 30 października 2012r. zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, a w dniu 3 listopada 2012r. ogłoszenie to zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2012/S 212-349269. W sekcji IV.1.1) podano uzasadnienie wyboru procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z art. 31 dyrektywy 2004/18/WE – brak ofert lub brak odpowiednich ofert w odpowiedzi na procedurę ograniczoną, zaś w pkt 2) tej sekcji w innym uzasadnieniu udzielenia zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej podano, że przedmiotem zamówienia są usługi wymienione w załączniku IIB do dyrektywy. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ma do czynienia z zaistnieniem przesłanek wskazanych w art. 5 ust. 1a pkt 1, 2, 3, 4. Zastosowanie, bowiem innego trybu niż zamówienie z wolnej ręki skutkowałoby wystąpieniem następującej okoliczności tj. naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków przez zamawiającego. Udzielenie zamówienia na świadczenie usług zbiorowego żywienia pacjentów innemu wykonawcy niż dotychczasowemu wykonawcy usług wiązałoby by się z koniecznością poniesienia przez zamawiającego dodatkowych kosztów związanych m. in. z utworzeniem centralnej zmywalni na terenie Szpitala, jak również kuchenek oddziałowych. Dystrybucja posiłków i zmywanie naczyń oraz wózków bimarowych należy do obowiązków obecnego wykonawcy realizującego zamówienie. Zamawiający nie posiada pomieszczeń, w których może być realizowane zmywanie naczyń i wózków bimarowych – kuchenki oddziałowe zostały zlikwidowane wraz ze zmianą systemu żywienia, a jedyna w Szpitalu centralna zmywalnia znajduje się w dyspozycji wykonawcy (z mocy umowy dzierżawy przejętej po Wojewódzkim Szpitalu Bródnowskim w likwidacji). Zamawiający, aby spełnić wymagania sanitarne musiałby ponieść dodatkowe koszty inwestycyjne. Przewożenie naczyń do zmywalni zewnętrznej oraz wózków bimarowych poza terenem Szpitala jest

całkowicie nierealne ze względu na aspekt logistyczny, a w szczególności epidemiologiczny z powodu braku pomieszczenia do przepakowywania zastawy stołowej, ryzyka kontaktu czystych naczyń i wózków bemarowych ze środowiskiem zewnętrznym i braku specjalnego wydzielonego do tego typu usługi niezależnego wyjścia. Ponadto zamawianie dostawy posiłków z kuchni zewnętrznej, w sytuacji gdy na terenie Szpitala znajduje się świeżo wyremontowana kuchnia, będzie stanowiło naruszenie zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków. Zawarta umowa dzierżawy z wykonawcą wskazywała na konieczność poniesienia przez dzierżawcę nakładów inwestycyjnych mających na celu przystawanie pomieszczeń kuchni do świadczenia usługi żywienia. WW. Umowa została zawarta na czas określony tj. do dnia 23 listopada 2013r. Wcześniejsze rozwiązanie ww. umowy mogłoby się wiązać z roszczeniem wykonawcy – dzierżawcy kuchni w zakresie zwrotu niezamortyzowanej części nakładów inwestycyjnych, co dodatkowo obciążałoby Województwo Mazowieckie kosztami, jak również naraziło na ewentualne postępowanie sądowe.

W dniu 3 grudnia 2012r. odwołanie wniósł ISS Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Flisa 2 od czynności zamawiającego polegających na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania, a w konsekwencji przeprowadzenia postępowania w tym trybie, pomimo braku wykazania przez zamawiającego istnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przesłanek określonych w art. 5 ust. 1a pkt 1)-4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w związku z art. 67 ust. 1 ustawy; zawarciu w wyniku przeprowadzenia postępowania w dniu 15 października 2012 r. w Warszawie umowy nr 263/2012, MSB/ZWR/89/10/202 pomiędzy Mazowieckim Szpitalem Bródnowskim w Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie a Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na usługę zbiorowego żywienia w zakresie przygotowania i dostarczenia posiłków dla pacjentów hospitalizowanych w Mazowieckim Szpitalu Bródnowskim w Warszawie sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) art. 5 ust. 1a pkt 1)-4) ustawy w związku z art. 67 ust. 1 ustawy poprzez bezprawny, wobec niezainstnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie ustawowych przesłanek określonych w art. 5 ust. 1a pkt 1)-4) ustawy, wybór trybu zamówienia z wolnej ręki do wszczęcia postępowania oraz poprzez zastosowanie tego trybu do przeprowadzenia postępowania, w konsekwencji czego zawarta została umowa z dnia 15 października 2012 r., nr 263/2012, MSB/ZWR/89 pomiędzy zamawiającym a Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

- 2) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 5 ust. 1a pkt 1)-4) ustawy i art. 67 ust. 1 ustawy poprzez bezprawny wybór niekonkurencyjnego trybu zamówienia z wolnej ręki i przeprowadzenie postępowania w tym trybie, co stanowi naruszenie jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 10 ust. 1 i 2 poprzez zaniechanie zastosowania jednego z trybów podstawowych oraz udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki pomimo niezastąpienia przypadku określonego w ustawie;
- 4) art. 67 ust. 1 ustawy poprzez nieuprawniony wybór trybu zamówienia z wolnej ręki;
- 5) art. 146 ust. 1 pkt 1) ustawy w związku z art. 10 ust. 2 ustawy poprzez zawarcie przez zamawiającego podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na zastosowanie przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz dalszych czynności przeprowadzonych w Postępowaniu;
- 2) unieważnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy, w zakresie zobowiązań niewykonanych, umowy nr 263/2012, MS B/ZWR/89/10/202 zawartej w dniu 15 października 2012 r. w Warszawie pomiędzy Mazowieckim Szpitalem Bródnowskim w Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie a Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na usługę zbiorowego żywienia w zakresie przygotowania i dostarczenia posiłków dla pacjentów hospitalizowanych w Mazowieckim Szpitalu Bródnowskim w Warszawie sp. z o.o. wobec zaistnienia okoliczności określonej w art. 146 ust. 1 pkt 1) ustawy;
- 3) nałożenie przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy na zamawiającego kary finansowej w wysokości 100 000,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych).

W przypadku skierowania odwołania do rozpoznania odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania, przywołanych dla potwierdzenia wskazanych przez odwołującego faktów, z których odwołujący wywodzi skutki prawne.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 grudnia 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 3 grudnia 2012r.

W dniu 5 grudnia 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 6 grudnia 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniesione przez Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sowizdrzała 3. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest uczestnikiem postępowania, a zamawiający w ogłoszeniu o zawarciu umowy wskazał, że zamierza ją zawrzeć ze zgłaszającym. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem KRS załączonym do zgłoszenia. Do zgłoszenia załączono także dowody przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu na biuro podawcze w dniu 6 grudnia 2012r., a odwołującemu faksem (na faks podany w odwołaniu) także w tym dniu.

W dniu 12 grudnia 2012r. na piśmie odwołujący złożył oświadczenie do wycofaniu odwołania. Oświadczenie to zostało podpisane tak jak odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie Odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: