

Sygn. akt: KIO 243/19

POSTANOWIENIE

z dnia 26 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 26 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Vendi Servis Sp. z o.o., Vendi Cleaning Sp. z o.o., JOL-MARK Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Grochowski im. dr med. Rafała Masztaka Sp. z o.o., ul. Grenadierów 51/59, 04-073 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Super Buffet Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 80, 05-480 Karczew** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Vendi Servis Sp. z o. o., Vendi Cleaning Sp. z o. o., JOL-MARK Sp. z o. o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź kwoty 7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Szpital Grochowski im. dr med. Rafała Masztaka Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przygotowywanie i dostawę całodziennych posiłków dla dorosłych pacjentów hospitalizowanych w Szpitalu Grochowskim, im. dr med. Rafała Masztaka Sp. z o.o. oraz odbiór odpadów pokonsumpcyjnych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 stycznia 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 505012-N-2019.

W dniu 11 lutego 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis Sp. z o.o., Vendi Cleaning Sp. z o.o., JOL-MARK Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 138o ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania przez Zamawiającego z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania przedmiotowego zamówienia, a jego oferta winna zostać odrzucona;
2. naruszenie art. 138o ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art 112 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o., pomimo że z wykazu usług złożonego przez tego wykonawcę wynika, że:
 - a) usługa na rzecz Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o. miała być wykonywana w okresie od dnia 01.07.2017 r. do dnia 30.06.2018 r., a więc okresie krótszym niż 12 miesięcy;
 - b) usługa na rzecz Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. w chwili składania ofert nie była wykonywana od co najmniej 12 miesięcy;

3. naruszenie art. 138o ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o., pomimo że przedłożone przez niego dowody nie potwierdzają wykonania lub wykonywania minimum dwóch usług, trwających nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy każda, polegających na przygotowaniu i dostarczaniu posiłków o wartości minimum 500.000,00 złotych brutto każda, bowiem:

a) referencje Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o. zostały wystawione w dniu 20.10.2017 r., tj. nie potwierdzają, że usługa została wykonana w całości, mimo iż w chwili składania ofert usługa nie była już wykonywana;

b) list referencyjny Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. został wystawiony w dniu 13.06.2018 r., a więc wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

4. naruszenie art. 138o ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018, poz. 419) poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny, gdyż wykonawcy nie zostali równo potraktowani — dokonano wyboru oferty wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o., pomimo że powinien zostać wykluczony z postępowania, a nie wybrano oferty Odwołującego, który nie podlegał wykluczeniu;

5. ewentualnie naruszenie art. 138o ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – na wypadek nieuznania przez Izbę zasadności zarzutu z pkt 2 - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów potwierdzających:

a) wykonanie usługi na rzecz Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o.;

b) wykonywanie usługi na rzecz Mazowieckiego Centrum Psychiatrii Sp. z o.o. - przy czym dokument nie powinien być wystawiony wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu do składania, ofert;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- wykluczenia z postępowania wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o.;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

- ewentualnie wezwania wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- dokonania na nowo czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 15 lutego 2019 r. zgłosił wykonawca Super Buffet Sp. z o.o.

W dniu 13 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania.

Wykonawca Super Buffet Sp. z o.o. pismem z dnia 19 lutego 2019 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczego w dniu 20 lutego 2019 r.) złożył oświadczenie, że w związku z informacją uzyskaną od Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego przyłącza się do decyzji Zamawiającego i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wykonawca Super Buffet Sp. z o.o. nie stawiał się na posiedzenie Izby w dniu 26 lutego 2019 r. Izba zważyła, że ustawodawca nie wskazał terminu, w jakim wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego może złożyć oświadczenie o sprzeciwie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Nie budzi to jednak wątpliwości, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi określonymi w ustawie Pzp, w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wobec złożonego w dniu 13 lutego 2019 r. oświadczenia Zamawiającego, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, to moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Jest to etap, na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia. Wobec braku oświadczenia wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. co do sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego. Niestawiennictwo wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. nie wstrzymywało postępowania odwoławczego, wobec treści § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018, poz. 1092), zgodnie z którym niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo

zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Przepis ten na mocy § 3 wyżej wskazanego rozporządzenia stosuje się odpowiednio do posiedzeń. Niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym, a także wyczerpuje drugą przesłankę - braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo, jako oświadczenie o nie wnoszeniu sprzeciwu można zakwalifikować złożone przez Super Buffet Sp. z o.o. w dniu 20 lutego 2019 r. oświadczenie o przyłączeniu się do decyzji Zamawiającego i wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :