

Sygn. akt KIO 2100/22

POSTANOWIENIE

z dnia 23 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Fudeko Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Impel Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.
- Znieść wzajemnie pozostałe koszty postępowania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne w trybie podstawowym bez negocjacji pn. *Świadczenie usług w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów z dzierżawą pomieszczeń Zamawiającego na okres 12 miesięcy*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 5 sierpnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00294177/01.

W dniu 10 sierpnia 2022 r. wykonawca Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej „Odwołujący”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 239 ust. 1-2 w zw. z art. 92 ust. 1-2 w zw. art 266 ustawy Pzp przez niejasne i nieprecyzyjne określenie kryteriów oceny ofert w zakresie wariantów złożonych w ofertach wykonawców, co pozwala Zamawiającemu na dużą dowolność w wyborze oferty i uniemożliwia obiektywną ocenę ofert;
2. art. 16 pkt 1-3 w zw. art. 92 ust. 1-2 w zw. z art. 134 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 266 ustawy Pzp przez brak możliwości rzetelnego przygotowania przez wykonawcę oferty ze względu na niejasność postanowień SWZ dotyczących oferty wariantowej;
3. art. 433 pkt 4 w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ K.c. w zw. z art. 266 ustawy Pzp przez brak określenia minimalnego progu wykonania umowy, co pozwala Zamawiającemu na dowolne jednostronne ograniczenie zakresu zamówienia, co stoi w sprzeczności z zasadami dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, gdyż uniemożliwia należyłą wycenę oferty;
4. art. 436 pkt 3 w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ K.c. w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c. w zw. z art. 266 ustawy Pzp przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę;
5. art. 353¹ K.c. w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c. w zw. z art. 266 ustawy Pzp przez wykorzystanie pozycji

dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy subiektywnych oraz dowolnych kar umownych, których ocena może być różna ze względu na osobę, która dokonuje oceny nieprawidłowości w wykonaniu usługi.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Odwołującego: Fudeko Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni oraz Impel Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej „Przystępujący”.

Izba na podstawie art. 526 ust. 2 ustawy Pzp oddaliła opozycję Zamawiającego stwierdzając, że jej uwzględnienie możliwe jest jedynie w sytuacji uprawdopodobnienia że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym przypadku Izba oddała opozycję. Zamawiający podnosił, że wykonawca Impel Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu po pierwsze nie wykazał interesu prawnego w przystąpieniu, a po drugie niedopuszczalne jest przystąpienie do postępowania odwoławczego po obu stronach.

Rozpoznając opozycję zgłoszoną przez Zamawiającego, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje nie jest tym samym, co interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje należy rozumieć szerzej, jako interes nie tylko w uzyskaniu zamówienia, ale także w uzyskaniu innego rodzaju korzyści w postępowaniu. W niniejszym stanie faktycznym wykonawca Impel Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, do którego przystąpił, ponieważ Odwołujący kwestionuje postanowienia SWZ, które, jak sam przyznał Przystępujący, uniemożliwiają mu złożenie oferty w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego w takiej sytuacji należy uznać, że wykonawca posiada interes w przystąpieniu do postępowania po stronie Odwołującego, aby dążyć do zmiany postanowień SWZ, w taki sposób, który umożliwi wykonawcy rzetelne przygotowanie i złożenie oferty.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że w zgłoszeniu przystąpienia z dnia 12 sierpnia 2022 r. wykonawca przystąpił do odwołania po obu stronach. Izba dostrzega, że w końcowej części pisma Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Niemniej podając uzasadnienie faktyczne podniósł, że aktualne postanowienia SWZ uniemożliwiają mu złożenie oferty w

postępowaniu. Dodatkowo, na drugiej stronie wyciągu z epuapu zaznaczył, że przystępuje po stronie Odwołującego, równocześnie na pierwszej stronie załącznika zatytułowanego *Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego* wskazał, że zgłasza przystąpienie po stronie Odwołującego. Dlatego też Izba uznała, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło po stronie Odwołującego, mimo omyłki w oznaczeniu strony znajdującej się w załączniku.

Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 23 sierpnia 2022 r. oświadczył, iż cofa odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt 4 i 5 odwołania oraz wnosi o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1-3 odwołania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Równocześnie Odwołujący wskazał, iż w przypadku uznania, że brak jest podstaw do umorzenia postępowania w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1-2 odwołania, prosi o uznanie niniejszego pisma za cofnięcie odwołania również w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1 i 2 odwołania. Powyższe oświadczenie zostało złożone przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego i stanowi podstawę do umorzenia postępowania odwoławczego.

Izba stwierdza, że zarzuty odwołania można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie poszczególnych zarzutów odwołania przez Odwołującego oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w zakresie wycofanych zarzutów. Zatem, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutów wskazanych w punkcie 4 i 5 *petitum* odwołania, podlega umorzeniu, wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.

W ocenie Izby nie budzi również wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie, w związku z dokonanymi zmianami SWZ i wyjaśnieniami Zamawiającego może znaleźć zastosowanie, do zarzutów wskazanych w pkt 1-3 odwołania, 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 lub niedopuszczalne.

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. M.J., 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 niewycofane zarzuty odwołania. Zmiany te nie zostały przez Zamawiającego jedynie zasygnalizowane, ale zostały jednoznacznie do dokumentów postępowania wprowadzone i opublikowane. Tym samym w dniu posiedzenia przed Izbą nie istniały już postanowienia SWZ, do których odnosiły się niewycofane zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący.

Bez wątplenia Zamawiający pismem z dnia 19 sierpnia 2022 r. odpowiedział na pytanie nr 73, gdzie wskazał, że zgadza się określić minimalną wartość wykonania umowy na poziomie 50%. Tym samym zarzut opisany w pkt 3 odwołania stał się nieaktualny. 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.

Ponadto, nieaktualne stały się zarzuty opisane w pkt 1 i 2 odwołania, bowiem Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 74 wskazał, że *Zamawiający przyznaje, że w rozdziale XI SWZ wystąpiła omyłka pisarska. Oczywiście Zamawiający nie tylko dopuszcza, ale wymaga złożenia ofert wariantowych. Ponadto Zamawiający wyjaśnia, że w razie wyboru oferty wariantowej dystrybucja odbywać się będzie albo do łóżka pacjenta albo do drzwi oddziału.* Wobec powyższego dalsze postępowanie w zakresie tych zarzutów stało się również zbędne, gdyż powyższe doprecyzowanie, zdaniem Odwołującego, usunęło wątpliwości dotyczące kryteriów oceny ofert w zakresie wariantów ofert.

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 postanowień w określonym kształcie.

Dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z 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 zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie. Skoro Zamawiający dokonał czynności zmiany przez doprecyzowanie postanowień 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 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, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy 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 ustawy Pzp Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczanego wpisu w wysokości 7 500 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.

Przewodniczący: