sygn. akt: KIO 709/22

POSTANOWIENIE

z dnia 4 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 4 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022r. przez wykonawcę CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu

postanawia:

1 . umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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: .....

sygn. akt: KIO 709/22

I. Zamawiający - Uniwersytet Medyczny w Łodzi - prowadzi na podstawie ustawy z

dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: Prawno zamówień publicznych albo P.z.p) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie sukcesywnej usługi całodziennego wyżywienia pacjentów przebywających na leczeniu w Mazowieckim Szpitalu Specjalistycznym Sp. z o.o. w Radomiu przy ul. Aleksandrowicza 5, na bazie wynajmowanych pomieszczeń kuchennych. Zamówienie obejmuje dzierżawę pomieszczeń budynku kuchni wraz z

wyposażeniem oraz wdrożenie elektronicznego systemu zamawiania posiłków" (numer referencyjny: DZP.341.13.2022).

W tymże postępowaniu, w dniu 14 marca 2022 r., Odwołujący - wykonawca CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Łodzi - złożył odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 3531 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c. poprzez takie ukształtowanie postanowień przyszłej umowy, które prowadzi do ograniczenia możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy z powodu zmiany przepisów wpływających na koszty realizacji zamówienia, do 5% wartości umowy brutto i 5% wartości cen jednostkowych 2 wskazanych w umowie, które to ograniczenie jest nieważne jako niezgodne z art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p. W konsekwencji Odwołujący wnosił o zmianę treści załącznika nr 2 do Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: specyfikacja albo SWZ) w § 15 ust. 7 poprzez nadanie mu brzmienia: „7. Zamawiający wskazuje, iż: a) wzrost wysokości maksymalnego wynagrodzenia ustalonego Umową, spowodowany zmianą, o której mowa § 15 ust. 3 umowy, w dopuszczalny jest maksymalnie o 20% wysokości wynagrodzenia brutto ustalonego w § 5 ust. 1 Umowy; b) wzrost cen jednostkowych ustalonych w załączniku nr 2 i 3 do Umowy, spowodowany zmianą, o której mowa § 15 ust. 3 umowy, dopuszczalny jest o maksymalnie 20% w stosunku do cen jednostkowych wskazanych w załączniku nr 2 i 3 do Umowy.".

Zamawiający w dniu 18 marca 2022 r., zmienił załącznik nr 2 do SWZ - w § 15 ust. 7 - w ten sposób, że dopisane zostało sformułowanie „z uwagi na okoliczności przewidziane w § 15 ust. 3 powyżej".

W piśmie z dnia 1 kwietnia 2022 r., złożonym do akt postępowania odwoławczego, Odwołujący oświadczył, że powyższa zmiana czyni zadość żądaniom odwołania, ponieważ dzięki tej zmianie ,,limit waloryzacji określony w § 15 ust. 7 dotyczy wyłącznie waloryzacji, o której mowa w art. 439 Pzp (waloryzacja GUS). Skoro limit ten nie dotyczy waloryzacji, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b), treść § 15 ust. 7 załącznika nr 2 do SWZ odpowiada prawu i zbędne jest rozstrzyganie o zarzucie odwołania z dnia 14 marca 2022 r.". W konsekwencji Odwołujący wnosił o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ postępowanie odwoławcze stało się zbędne. Odwołujący wyjaśniał, że ,,W piśmie z dnia 18 marca 2022 r. Zamawiający zmienił załącznik nr 2 do SWZ - w § 15 ust. 7 - w ten sposób, że dopisane zostało sformułowanie „z uwagi na okoliczności przewidziane w § 15 ust. 3 powyżej". Tym samym limit waloryzacji określony w § 15 ust. 7 dotyczy wyłącznie waloryzacji, o której mowa w art. 439 Pzp (waloryzacja GUS). Skoro limit ten nie dotyczy waloryzacji, o której mowa w art. 436 pkt 4 lit. b), treść § 15 ust. 7 załącznika nr 2 do SWZ odpowiada prawu i zbędne jest rozstrzyganie o zarzucie odwołania z dnia 14 marca 2022 r.".

Il. Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że zachodzi przesłanka umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym artykułem, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne, ponieważ zmiana specyfikacji uczyniła zadość żądaniom odwołania, a Odwołujący to potwierdził - z pisma Odwołującego z dnia 1 kwietnia 2022 r. jednoznacznie wynika, że uważa on, że zmiana specyfikacji z dn. 18 marca 2022 r. skorelowana jest z zarzutem odwołania, a treść tej zmiany odpowiada wnioskowi Odwołującego, zawartemu w odwołaniu, i tym samym go satysfakcjonuje.

Wobec takich okoliczności postępowanie odwoławcze stało się zbędne - przedmiot sporu przestał istnieć. Należy zauważyć, że Izba nie bada prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia w całości, ale jedynie w granicach odwołania (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Jeżeli zamawiający po wniesieniu odwołania uczyni zadość żądaniom odwołania, tym samym usunięte zostanie naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, które było zakreślone zarzutami odwołania.

Tak stało się w przedmiotowej sprawie - Zamawiający zmienił specyfikację w sposób

odpowiadający żądaniom Odwołującego. W konsekwencji przedmiot sporu przestał istnieć - a w ocenie Izby prowadzi to do stwierdzenia, że postępowanie odwoławcze stało się zbędne.

Izba, orzekając, bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Dlatego Izba może badać okoliczności, które zaszły po wniesieniu odwołania, i oceniać je w kontekście badania przesłanki z art. 568 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wydając orzeczenie - podobnie Izba uznała w sprawach sygn. akt KIO 3535/21,KIO 3638/21, KIO 219/22 i 225/22 oraz KIO 471/22. W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że skoro konsekwencją zmiany specyfikacji z dnia 18 marca 2022 r. było ukształtowanie takich postanowień, które odpowiadały wnioskom odwołania, to postępowanie stało się zbędne.

Na przeszkodzie powyższej konstatacji nie stoi okoliczność, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania, co podtrzymywał na

posiedzeniu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający sam powoływał się na zmianę specyfikacji z dnia 18 marca 2022 r., i stwierdzał, że zmiana ta spowodowała, że ,,brak jest postanowień SWZ stanowiących przedmiot zarzutu odwołania".

W ocenie Izby nie ma racji Zamawiający, który na posiedzeniu twierdził, że skoro Odwołującego satysfakcjonuje zmiana specyfikacji, to powinien wycofać odwołanie. Zdaniem składu orzekającego z przepisów nie wynika, że Odwołujący powinien w takiej sytuacji wycofać odwołanie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 568 pkt 2 Prawa zamówień publicznych wydała postanowienie, w którym umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Prawa zamówień publicznych 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 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: .....