Sygn. akt: KIO 3679/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 24 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez odwołującego Optima Care Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Okulistyczny w Krakowie przy udziale uczestników:

– DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Warszawie i „IZAN +" Sp. z o.o. w Krakowie po stronie odwołującego,

– Clar System S.A. w Poznaniu po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego Optima Care Sp. z o.o. w Warszawie kwoty 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 3679/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Okulistyczny w Krakowie os. Na Wzgórzach 17b, 31-723 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Utrzymanie czystości pomieszczeń i otoczenia WSO w Krakowie", o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 września 2024 r. pod numerem: 581654-2024, dalej zwane „postępowaniem".

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 7 października 2024 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania wniósł wykonawca Optima Care Sp. z o.o. ul. Marsa 56a, 02-242 Warszawa (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 239, art. 240, art. 241 ust. 3; art. 242 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez opisanie sposobu przyznawania punktów w kryterium zatrudnienie osób niepełnosprawnych w sposób faworyzujący zatrudnianie do realizacji zamówienia osób o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności podczas, gdy celem ww. kryterium społecznego aktywizacja zawodowa osób z niepełnosprawnościami bez rozróżnienia ze względu na stopień niepełnosprawności a ponadto poprzez faworyzowanie wykonawców posiadających możliwość zatrudniania w realizacji zamówienia osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności podczas, gdy w przedmiotowym postępowania w ww. kryterium powinni być preferowani wykonawcy oferujących zatrudnienie osób niepełnosprawnych bez względu na ich stopień niepełnosprawności;
2. art. 436 pkt 4 lit. b) w z w. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez wskazanie, we wzorze umowy że wynagrodzenie wykonawcy zostanie zwaloryzowane w drodze negocjacji podczas, gdy zgodnie z wymogami art. art. 436 pkt 4 lit. b) wynagrodzenie wykonawcy powinno być aktualizowane zgodnie z zasadami wskazanymi we wzorze umowy;
3. art. 439 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 58 § 1 i art. 3531 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.94 z zm.) – dalej kc poprzez zastrzeżenie we wzorze umowy, że Strony dopuszczają możliwość zmian wynagrodzenia w szczególności zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku gdy wzrost cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wzrosną powyżej 15 % wartości cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w stosunku do cen i kosztów związanych z realizacją zamówienia ustalonych na dzień podpisania umowy, skutkiem czego wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w cenie ofertowej wszelkie ryzyka zmiany kosztów wykonania zamówienia w tym

także ryzyka charakterystyczne dla siły wyższej;

4.art. 99 Ustawy w zw. z art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 7 pkt 1 w zw. z art. 134 Ustawy w zw. z art. 5, art. 5, art. 29a i art. 41 ustawy o podatku od towarów i usług (dalej ustawy o VAT) oraz art. 8 Ustawy i art. 5 oraz art. 3531 Kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie, że i) czynności pomocowe przy pacjencie (Zamawiający szacuje, że czynności pomocowe przy pacjencie stanowią maksymalnie 5% brutto zamówienia) transport wewnętrzny na zlecenie Zamawiającego (Zamawiający szacuje, że transport wewnętrzny stanowi maksymalnie 5% brutto zamówienia) skutkiem czego cena ofertowa (wynagrodzenie wykonawcy) jest kształtowana przez Zamawiającego podczas, gdy to wykonawca jest podmiotem, który zgodnie z naturą tego zobowiązania a także zasadami współżycia społecznego powinien samodzielnie kształtować cenę za wykonanie zamówienia oraz ustalić stawkę podatku VAT do obliczenia ceny ofertowej.

i żądał nakazania zamawiającemu modyfikacji dokumentacji postępowania w sposób wskazany w uzasadnieniu środka zaskarżenia.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. skład orzekający postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców „IZAN +" Sp. z o.o.ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków i DGP Clean Partner Sp. z o.o. ul. Żytnia 15/23, 01-014 Warszawa, zgłaszających przystąpienie po stronie odwołującego i wykonawcę Clar System S.A. ul. Klemensa Janickiego 20B, 60-542 Poznań, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego (dalej zwanego „przystępującym Clar System").

W dniu 20 października 2024 r. przekazano Izbie odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający wskazał, że wnosi o odrzucenie odwołania, względnie o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie uwzględnionym tj. zarzutu z pkt II ppkt 2 *petitum* odwołania oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Na wyznaczonym posiedzeniu z udziałem z udziałem stron, prawidłowo powiadomiony o terminie w dniu 17 października 2024 r. (zawiadomienie z 17.10.2024 r. wraz z potwierdzeniem otrzymania w aktach sprawy) przystępujący Clar System się nie stawił. Brak jego stawiennictwa należało zatem poddać ocenie przez pryzmat art. 549 ust. 4 p.z.p. – niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania.

W ocenie Izby niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o *de facto* rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym i o braku zgłoszenia ewentualnego sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania. Jeżeli bowiem uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu Izba umarza w tym zakresie postępowanie odwoławcze, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zatem przesłankami obligującymi Izbę do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, które muszą zaistnieć łącznie są: 1) skuteczne oświadczenie woli zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, 2) brak oświadczenia przystępującego co do wniesienia sprzeciwu względem autorewizji zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego w ustalonym stanie rzeczy moment zamknięcia posiedzenia z udziałem stron stanowił stanowczy termin na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Posiedzenie jest etapem, na którym zapada decyzja o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Wniesienie sprzeciwu przez przystępującego stanowi więc *conditio sine qua non* kontynuacji postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy zamawiający uznaje za zasadne zarzuty postawione przez odwołującego – ponieważ skutkiem prawnym braku sprzeciwu jest materialny zanik sporu. W kontradyktoryjnym procesie przed Krajową Izbą Odwoławczą istnienie sporu warunkuje możliwość wydania merytorycznego rozstrzygnięcia i wobec braku oświadczenia przystępującego o sprzeciwie, sprawa nie zostanie skierowana na rozprawę. Izba zatem zobligowana jest – w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego – do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego, poprzez umorzenie postępowania odwoławczego (tu w zakresie zarzutu z pkt II ppkt 2 *petitum* odwołania).

Pismem z dnia 22 października 2024 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części nieuwzględnionej przez zamawiającego.

W ustalonym stanie faktycznym i prawnym, w ocenie składu orzekającego doszło do wypełnienia hipotezy art. 522 ust. 3 p.z.p., zatem Izba zobligowana była umorzyć postępowanie odwoławcze w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Ponadto, wobec konieczności umorzenia postepowania odwoławczego, Izba pozostawiła wniosek zamawiającego o zobowiązanie odwołującego do przedstawienia dokumentu, zgłoszony w piśmie z dnia 23 października 2024 r., bez rozpoznania; nie było także podstaw do odrzucenia odwołania.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 9 ust. 2 lit. b rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

……