

WYROK
z dnia 12 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12.11.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISS FACILITY SERVICES Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** (następca prawny **GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1A**) od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej w Lubinie, 59-300 Lubin, ul. Gen. Józefa Bema 5-6** protestu z dnia 31 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ISS FACILITY SERVICES Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **GASTROPOL GROUP Sp. z o.o., 02-097 Warszawa, ul. Banacha 1A;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 352 zł 22 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia dwa grosze) przez **ISS FACILITY SERVICES Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** na rzecz **Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lubinie, 59-300 Lubin, ul. Gen. Józefa Bema 5-6** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ISS FACILITY SERVICES Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2;**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *usługi przygotowania i dystrybucji posiłków dla pacjentów Szpitala im. J. Jonstona w Lublinie wraz z dzierżawą pomieszczeń i wyposażenia kuchennego* (numer sprawy DU/713/09 ZP/17a), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 10 lipca 2009 roku, 2009/S 130-189996.

Zamawiający pismem z dnia 26 sierpnia 2009 roku wezwał wykonawców do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec tej czynności, wykonawca - Gastropol Group Sp. z o.o. wniósł w dniu 31 sierpnia 2009 r. protest, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z z naruszeniem art. 26 ust. 3, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 41 pkt 7 ustawy, poprzez nieuprawnione wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie wymaganych kwalifikacji osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz dokonanie modyfikacji warunku udziału w postępowaniu w piśmie wzywającym do uzupełnienia dokumentów, poprzez żądanie przedłożenia dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe (np. dyplomy), informacji na temat doświadczenia zawodowego, a także rozszerzenia zakresu wykonywanych czynności. W ocenie wykonawcy, zamawiający dokonał interpretacji warunku (faktycznej jego zmiany) po złożeniu ofert w toku ich oceny, która nie może prowadzić do nieuzasadnionego wykluczenia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i spełniającego warunki udziału w postępowaniu. Treść warunku opisanego w rozdziale V *Zdolność techniczna*, pkt c, sprowadzała się wyłącznie do żądania wykazu osób wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i

wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. Zamawiający nie wymagał udokumentowania wskazanych informacji dodatkowymi dokumentami.

W proteście wnoszono o unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów i doprecyzowania prowadzącego do zmiany warunku oraz o ponowną ocenę oferty w oparciu o treść warunku określoną w siwz.

Zamawiający w terminie ustawowo określonym na rozstrzygnięcie protestu nie dokonał takiego rozstrzygnięcia, a zatem zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy pzp., protest został oddalony wraz z upływem ostatniego dnia na rozstrzygnięcie protestu w terminie, tj. 10 września 2009 r.

Wobec powyższego, wykonawca wniósł w dniu 18 września 2009 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data nadania przesyłki listownej w urzędzie pocztowym operatora publicznego), przekazując jego kopię zamawiającemu 21 września 2009 r. (poniedziałek). W treści odwołania wykonawca podtrzymał w całości podniesione w proteście zarzuty wraz z argumentacją i żądaniami.

W trakcie posiedzenia odwołujący wyjaśnił, iż z dniem 5 października 2009 r. wnosząca odwołanie spółka – GASTROPOL GROUP Sp. z o.o. została przejęta przez ISS Facility Services Sp. z o.o., która to okoliczność została potwierdzona dowodem z dokumentu – postanowieniem Sądu Rejonowego dla M.St. Warszawy z dnia 05.10.2009 (sygn. sprawy: WA.XIII NS-REJ.KRS/030761/09/082).

W trakcie posiedzenia Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 187 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i rozpoznała sprawę merytorycznie.

KIO ustaliła i zważyła co następuj.

W pierwszej kolejności, Izba potwierdza wykazanie przez odwołującego możliwości doznania uszczerbku w interesie prawnym, na skutek czynności zamawiającego dającej podstawę do ustalenia, iż zamawiający zakwestionował wykazanie się przez odwołującego spełnianiem warunku udziału w postępowaniu. Interesu prawnego nie podważa okoliczność, iż złożył on ofertę z najwyższą ceną, gdyż na etapie zakwestionowanej czynności, wykonawca nie mógł mieć pewności co do sposobu oceny spełniania przez niego warunku. Tym samym czynność, ta jako mogąca godzić w jego dalszy udział w postępowaniu oraz

możliwość poddania punktacji złożonej oferty, mogła być przedmiotem protestu. Ustawodawca dopuszcza prawo do oprotestowania każdej czynności zamawiającego podejmowanej w toku postępowania, a kwestia interesu prawnego musi być rozpoznawana indywidualnie w zależności od okoliczności faktycznych sprawy. Oprotestowana czynność – wezwania do uzupełnienia dokumentów pozostaje w związku z oceną podmiotową wykonawcy, której wyniki będą decydujące dla możliwości poddania punktacji oferty odwołującego.

Z tych względów, Izba uznała, iż zarzuty odwołania podlegają ocenie.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do ustalenia przez skład orzekający, czy zamawiający był uprawniony i zobowiązany do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe osób.

Treść warunku ustalona przez zamawiającego w siwz (rozdział V – dot. Zdolności technicznej) określała wyłącznie konieczność posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W części dotyczącej osób, zamawiający określił, iż warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca „przedstawi **wykaz osób**, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności”. Zamawiający wskazał, iż dokona oceny spełniania warunku na podstawie załączonych do oferty dokumentów i oświadczeń, o których mowa w Rozdziale V i VI siwz. W rozdziale VI zamawiający sporządził tabelę zawierającą wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów, wśród których w pkt 1.11 znajduje się wykaz osób (załącznik nr 5 do oferty). W załączniku (zgodnie z przygotowanym przez zamawiającego wzorem) należało podać dane dotyczące wskazywanych osób: Imię i nazwisko, kwalifikacje, stanowisko, zakres wykonywanych czynności.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2009 r. zamawiający wezwał odwołującego się do złożenia dokumentów wymaganych w pkt c siwz tj. : „potwierdzenia kwalifikacji zawodowych (np. dyplom), informacji na temat doświadczenia zawodowego, rozszerzenie zakresu wykonywanych czynności a także o przesłanie dwóch listów referencyjnych wystawionych przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Pszczynie i SP ZOZ Szpital Nr 1 w Gliwicach z uwagi na nieczytelne pieczętki i nagłówkowe i podpisy”. Brak tych dokumentów stanowił podstawę wystąpienia o ich uzupełnienie.

Zamawiający skierował analogiczne wezwania, w zakresie dokumentów dotyczących kwalifikacji zawodowych osób objętych wykazem, jednocześnie do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego, wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie znajduje oparcia w treści specyfikacji, a zatem naruszało art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Zwrócenie się do wykonawców o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie może prowadzić do zamiany pierwotnego brzmienia specyfikacji tak w zakresie ustalonego warunku, jaki i rodzaju dokumentu mającego potwierdzać, jego spełnienie. Skoro zamawiający wymagał pierwotnie wyłącznie załączenia wykazu osób sporządzonego na podstawie przygotowanego wzoru, to żądanie dopiero na etapie oceny złożonych ofert dodatkowych dokumentów, tj. np. dyplomów, nie może mieć skutku dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający jest związany treścią specyfikacji, która w tym zakresie nie budziła wątpliwości żadnego z wykonawców. Wykonawcy dopiero na żądanie zamawiającego składali dodatkowe dokumenty, nie wynikające z treści siwz. Takie działanie nie może pozostawać w związku z oceną ofert, dokonywaną wyłącznie w oparciu o ustaloną przez zamawiającego treść specyfikacji.

Niezależnie od powyższego stanowiska, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając, iż stwierdzone naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie miało wpływu na wynik postępowania. Czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów pozostawała bez wpływu na dokonaną przez zamawiającego ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu. Pomimo, iż odwołujący nie uzupełnił na wezwanie zamawiającego żądanych dokumentów, nie został on wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie wskazał na podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania, czy też odrzucenia jego oferty. Sam odwołujący nie oprotestował czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez F.H. „Sabat” Catering Serwis Barbara Łysko, jako podlegającej odrzuceniu. Wskazane powyżej okoliczności potwierdzają w ocenie składu orzekającego, że oprotestowana czynność nie miała istotnego wpływu na wynik postępowania, w tym w szczególności w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wykluczał wykonawców na tej podstawie, iż nie potwierdzili oni spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami zamawiającego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika

oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby (na podstawie przedłożonych rachunków), Izba obciążyła odwołującego się.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*