

Sygn. akt: KIO 2255/12

WYROK

z dnia 30 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2012 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **CATERMED S.A**, 31-201 Kraków, ul. Siemaszki 15A, **REBUS Sp. z o.o.**, Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul. Lipowa 36D, **D..... P.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **GASTROMODUŁ D..... P.....**, Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul. Lipowa 36D w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Dziecięcy Szpital Kliniczny**, 20-093 Lublin, ul. Chodźki 2

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Vendi Servis Sp. z o.o.**, 03-610 Warszawa, ul. Sowizdrzała 3, **N4B Sp. z o.o.**, 02-656 Warszawa, ul. Krzyżówki nr 36A lok. 21 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **CATERMED S.A**, 31-201 Kraków, ul. Siemaszki 15A, **REBUS Sp. z o.o.**, Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul. Lipowa 36D, **D..... P.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **GASTROMODUŁ D..... P.....**, Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul. Lipowa 36D i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **CATERMED S.A**, 31-201 Kraków, ul. Siemaszki 15A, **REBUS Sp. z o.o.**, Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul.

Lipowa 36D, D..... P..... **prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GASTROMODUŁ D..... P.....**, Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul. Lipowa 36D tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **CATERMED S.A**, 31-201 Kraków, ul. Siemaszki 15A, **REBUS Sp. z o.o.**, Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul. Lipowa 36D, D..... P..... **prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GASTROMODUŁ D..... P.....**, Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul. Lipowa 36D na rzecz Zamawiającego **Dziecięcy Szpital Kliniczny**, 20-093 Lublin, ul. Chodźki 2 kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Dziecięcy Szpital Kliniczny w Lublinie na *usługi żywienia (nr postępowania 58/12)*, wobec czynności Zamawiającego, Wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie CATERMED S.A, 31-201 Kraków, ul. Siemaszki 15A, REBUS Sp. z o.o., Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul. Lipowa 36D, D..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GASTROMODUŁ D..... P....., Dąbrowa Chotomska, 05-123 Chotomów, ul. Lipowa 36D, wnieśli w dniu 18 października 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2255/12). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 18 października 2012 r.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 lipca 2012 r., numer ogłoszenia 2012/S 144-240953, a w dniu 9 października 2012 r. przekazał wykonawcom faksem zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący wniósł odwołanie na podjęte przez Zamawiającego czynności, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych w ilości ponad 50 % osób zatrudnionych, zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia postępowania oraz zaniechania wykonania, powtórzenia i unieważnienia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 19 września 2012 r., uwzględnionym przez Zamawiającego w całości (sygn. akt KIO 2000/12). Czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu nie odpowiadały żądaniom zawartym w uwzględnionym w całości odwołaniu, przez zaniechanie: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanego w dniu 10 września 2012 r., unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Vendi Servis Sp. z o.o., N4B Sp. z o.o. (Konsorcjum Vendi), unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, wykluczenia Konsorcjum Vendi z udziału w postępowaniu i odrzucenia tej oferty, wezwania do uzupełnienia dokumentu polisy ubezpieczeniowej i ewentualnie wykluczenia Konsorcjum Vendi i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

W wyniku wskazanych czynności i zaniechania Zamawiający doprowadził do naruszenie przepisów ustawy, w tym:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty Odwołującego i może odrzucić jego

- ofertę chociaż jest ona zgodna z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi warunku zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych,
- b) art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego,
 - c) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy przez unieważnienie postępowania, pomimo, iż oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu,
 - d) art. 186 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie powtórzenia czynności zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu uwzględnionym przez Zamawiającego w całości,
 - e) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez podjęcie czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wykonanie żądań Odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 19 września 2012 r.: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 września 2012 r., nieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, wezwanie do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej, ewentualnie wykluczenie Konsorcjum Vendi z postępowania i odrzucenia tej oferty, a następnie dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zakwestionował zasadność decyzji o uznaniu oferty Odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej potwierdzenia warunku zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych. W ofercie złożone zostało oświadczenie GASTROMODUŁ – D..... P..... o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zatrudnienia 50% osób niepełnosprawnych, co było przedmiotem składanych w dniu 9 sierpnia 2012 r. wyjaśnień oraz uzupełnionych w dniu 14 sierpnia 2012r. dokumentów (oświadczenia Wykonawcy).

Zamawiający stwierdził niezgodność oferty Odwołującego z siwz w zakresie spełnienia warunku zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych, jednak wykluczył tego Wykonawcę z powodu rzekomo wadliwej polisy ubezpieczeniowej. Czynności te między innymi zostały zaskarżone jako naruszające przepisy ustawy w odwołaniu złożonym w dniu 19 września 2012 r., które to zarzuty Zamawiający w całości uwzględnił w dniu 28 września 2012 r. W dniu 4 października 2012 r., Zamawiający zwrócił się ponownie o wyjaśnienie, czy Odwołujący spełnia warunek dotyczący zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych. Pomimo uwzględnienia odwołania Zamawiający zaniechał wykonania, powtórzenia i unieważnienia czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

W dniu 9 października 2012 r. Zamawiający unieważnił postępowanie, wskazując na nową podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, a wynikającą z przyjęcia, że jeżeli jeden

z członków konsorcjum spełnia warunku zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych, to nie oznacza to, że całe konsorcjum spełnia ten warunku.

Nie zgadzając się z taką oceną Zamawiającego, Odwołujący wskazał na podstawę do wprowadzonego w postępowaniu zastrzeżenia zatrudnienia ponad 50% pracowników stanowiących osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnienia osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, wynikającą z art. 22 ust. 2 ustawy. W ocenie Odwołującego, wykładnia przepisu powinna uwzględniać cel, dla którego przepis ten został implementowany do krajowego porządku prawnego, posiłkując się przepisami Dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zrozumieniem tych przepisów przez innych członków UE. Odwołujący z preambuły Dyrektywy wywodzi dążenie ustawodawcy do podnoszenie aktywacji zawodowej osób niepełnosprawnych i promocji zakładów pracy zrzeszających osoby niepełnosprawne przez stwarzanie możliwości do ubiegania się o zamówienie w ramach konsorcjum. Udział osób niepełnosprawnych w realizacji zamówienia publicznego będzie spełniony wówczas, jeżeli co najmniej jeden z konsorcjantów zapewni dostęp osobom niepełnosprawnym do danego zamówienia. Odwołujący wskazał na przyjęte w Wielkiej Brytanii rozwiązania, dopuszczające, aby wykonawcy wykazali spełnienie warunku o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych nie tylko poprzez łączenie się podmiotów w konsorcja, lecz również poprzez zatrudnianie podwykonawców, którzy zatrudniają ponad 50% osób niepełnosprawnych.

Kierując się powyższym, Odwołujący stwierdził, że zamówienia, w których postawiono przedmiotowy warunek mają zwiększyć udział osób niepełnosprawnych na rynku pracy, poprzez zwiększenie ich konkurencyjności bez względu na formę współpracy jaką przyjmą z innymi wykonawcami, nie spełniającymi warunku z art. 22 ust. 2 ustawy. Wystarczającym jest udział wykonawcy zatrudniającego ponad 50% osób niepełnosprawnych spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W ocenie Odwołującego definicja legalna wykonawcy z art. 2 pkt 11 ustawy nie może być pomocna, gdyż nie spełnia wymagań definicji logicznej (rozdzielnej i wyczerpującej). Jakkolwiek jest ona definicją rozdzielną, to nie jest definicją wyczerpującą, gdyż swym zakresem nie obejmuje konsorcjów, które nie jest osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej.

Zgodnie z dyspozycją art. 23 ust. 3 ustawy, stosując przepisy ustawy dotyczących wykonawców odpowiednio do konsorcjów, a nie w sposób dosłowny, możliwe jest stwierdzenie, że konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełni warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy, jeżeli choć jedno z członków konsorcjum

zatrudnia ponad 50% osób niepełnosprawnych, podobnie jak przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w uzupełnionym oświadczeniu z dnia 16 sierpnia 2012 r. potwierdził spełnienie warunku, gdyż ponad 50% pracowników GASTROMODUŁ D..... P..... stanowią osoby niepełnosprawne.

Odrzucając ofertę Zamawiający dokonał zmiany treści siwz po terminie składania ofert, żądając, aby każdy członek konsorcjum spełniał warunek zatrudnienia ponad 50% pracowników niepełnosprawnych. Zamawiający chcąc wprowadzić obowiązek procentowego bezpośredniego udziału osób niepełnosprawnych w realizacji zamówienia powinien wskazać go w opisie przedmiotu zamówienia na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 1 lit ustawy.

Jako bezpodstawną Odwołujący zakwestionował czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, w kontekście przedstawionej wcześniej argumentacji zaprzeczającej możliwości uznania oferty Odwołującego za niezgodną z treścią siwz. Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert. Zamawiający zaniechał wyboru oferty Odwołującego i bezpodstawnie unieważnił postępowanie.

Odwołujący wskazał na zaniechania wykonania obowiązku dokonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami podniesionymi w odwołaniu z dnia 19 września 2012 r., które Zamawiający w całości uwzględnił. Zamawiający nie dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, wezwania do uzupełnienia dokumenty polisy ubezpieczeniowej, wykluczenia Konsorcjum Vendi z postępowania i odrzucenia tej oferty, wyboru oferty Odwołującego, czym dopuścił się rażącego naruszenia art. 186 ust. 3 ustawy.

W ocenie Odwołującego, czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu w sposób jaskrawy ujawniają preferencje Zamawiającego, który dąży do umożliwienia wykonania przedmiotu zamówienia Konsorcjum Vendi, nawet kosztem unieważnienia postępowania i ogłoszenia kolejnego, w którym Konsorcjum Vendi miałyby szanse na uzyskanie zamówienia. Skoro Zamawiający wyjaśniał okoliczność zatrudnienia ponad 50% pracowników niepełnosprawnych przy pierwszej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem Odwołującego w myśl koncentracji środków ochrony prawnej, nie był uprawniony na obecnym etapie postępowania do czynienia zarzutu z tej okoliczności.

W dniu 22 października 2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Vendi Servis Sp. z o.o., N4B Sp. z o.o.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dziennik Ustaw z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych w postępowaniu, jak i korespondencji z wykonawcami, a także stanowisk stron prezentowanych w pismach i na rozprawie Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadnicza podstawa zarzutów sprowadza się z jednej strony do oceny zgodności powtórzonych czynności Zamawiającego z żądaniami zgłoszonymi w uwzględnionym w całości odwołaniu z dnia 19 września 2012 r. (sygn. akt KIO 2000/12), a z drugiej strony do oceny zgodności z przepisami ustawy wskazanej przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz, mającej wynikać z braku wykazania spełnienia wymagania zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu zaniechania wykonania, powtórzenia i unieważnienia czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości, Izba dokonała poniższych ustaleń. Wobec dokonanej pierwotnie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Vendi, Odwołujący w dniu 20 września 2012 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (pismo z dnia 19.09.2012r., sygn. akt KIO 2000/12). Zakres zarzutów dotyczył czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca ten nie wykazał się wymaganym ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej, a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku zatrudnienia ponad 50 % osób pracowników niepełnosprawnych i warunku dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. W związku z naruszeniami przepisów ustawy, Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie Konsorcjum Vendi z postępowania/odrzućenia tej oferty i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28.09.2012 r. wskazał, iż *uwzględnia odwołanie – anuluje wynik postępowania, unieważnia czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokona ponownego badania i oceny ofert*. Pismo tej treści zostało przekazane przez Zamawiającego Prezesowi KIO oraz wykonawcom Konsorcjum Catermed i Konsorcjum Vendi.

W dniu 3 października 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 2000/12).

Pismem z dnia 04.10.2012 r. Zamawiający poinformował, iż *dokonyje ponownego badania i oceny ofert*.

W dniu 09.10.2012 r. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, wskazując w uzasadnieniu na brak ofert nie podlegających odrzuceniu. Oferty Konsorcjum Catermed oraz Konsorcjum Vendi zostały odrzućone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż wykonawcy ci złożyli oświadczenia, że na dzień składania ofert tylko jedne z członków danego konsorcjum zatrudnia ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powtarzając czynność oceny ofert w postępowaniu nie dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z udziału w postępowaniu, wezwania do uzupełnienia dokumentu polisy ubezpieczeniowej, wykluczenia Konsorcjum Vendi z postępowania, odrzućenia oferty tego wykonawcy i wyboru oferty Odwołującego.

Odnośnie podnoszonego zaniechania wykonania czynności przez Zamawiającego Izba uznała, iż przekazanie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu odpowiedzi na odwołanie, stanowiło jednocześnie o wykonaniu czynności unieważnienia oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, co wypełniało również żądanie unieważnienia czynności

wykluczenia Odwołującego z postępowania. Powtarzając czynność oceny ofert, Zamawiający nie wykonał żądania wezwania Konsorcjum Vendi do uzupełnienia dokumentu polisy ubezpieczenia OC i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania z uwagi na brak potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego ilości zatrudnionych osób niepełnosprawnych. Ponieważ Zamawiający w konsekwencji ponownej oceny ofert odrzucił ofertę Konsorcjum Vendi, Izba uznała, iż zarzuty zaniechania wykonania czynności w zgodzie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, pozostawały bez znaczenia dla wyniku postępowania, który w efekcie końcowym był zgodny z oczekiwaniem Odwołującego w części dotyczącej oceny oferty Konsorcjum Vendi. W ocenie Izby, przy ponownej ocenie ofert w postępowaniu Zamawiający był uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ustalenia, czy oferty podlegały odrzuceniu. Jest to bowiem nowa czynność w postępowaniu, która doprowadzić ma do prawidłowego ustalenia wyniku postępowania i udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza. Może to prowadzić do sytuacji, jaka wystąpiła w niniejszej sprawie, iż w wyniku ponownej oceny ofert Zamawiający będzie zobowiązany podjąć czynności, które nie będą odpowiadały żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu. Zamawiający uwzględniając odwołanie zobowiązany jest do powtórzenia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, co jednak nie oznacza, iż Zamawiający nie może uwzględnić innych okoliczności, które dotychczas pominął przy ocenie ofert. Złożenie odwołania nie ma żadnego wpływu na istnienie podstaw do odrzucenia ofert. Odwołujący zmierzał do wykazania braku możliwości uwzględnienia w toku ponownej oceny ofert, okoliczności znanej Zamawiającemu przy pierwszej czynności. Okoliczność, stanowiąca podstawę do odrzucenia oferty istnieje od samego początku jej złożenia, a ewentualne błędy Zamawiającego, czy też odmienna ocena skutków, jakie dla oferty mogą one wywoływać, nie mogą prowadzić do uzdrowienia oferty, w ten sposób, iż byłaby ona pozbawiona wad. Uwzględnienie w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, ma jedynie ten skutek, iż Zamawiający zobowiązany jest do powtórzenia czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, z uwzględnieniem zakresu uwzględnionych zarzutów. Nie przesądza to jednak automatycznie o poprawności powtórzonej przez Zamawiającego czynności. Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego o braku możliwości odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie okoliczności, których istnienia Zamawiający był świadomy na etapie pierwszej czynności oceny ofert (unieważnione na skutek wniesionego odwołania). Ustawodawca nie wprowadza ograniczeń co do czasu w jakim możliwe jest stwierdzenie podstaw do odrzucenia/wykluczenia wykonawcy z postępowania, a jedynym ograniczeniem jest podjęcie czynności do momentu zakończenia postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż w toku ponownej oceny ofert Zamawiający zobowiązany jest ocenić oferty od początku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, również tych, których zarzuty w odwołaniu nie obejmowały. Powyższe rozważania prowadziły do stwierdzenia bezzasadności zarzutu naruszenia art. 186 ust. 3 ustawy i oddalenia w tym zakresie odwołania.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji również bezpodstawnego unieważnienia postępowania, Izba ustaliła, iż okolicznością na podstawie, której Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, było nie wykazanie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż w przypadku kiedy w roli wykonawcy w postępowaniu występuje konsorcjum, należy uznać, że wymóg, zgodnie z którym 50% zatrudnionych przez wykonawcę pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, powinien zostać spełniony przez członków konsorcjum łącznie. Pomimo wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Konsorcjum Catermed nie uzupełniło przedmiotowego oświadczenia w odniesieniu do członków konsorcjum łącznie, a jedynie podtrzymało stanowisko, że tylko jeden z członków konsorcjum spełnia wymóg 50% zatrudnionych pracowników stanowiących osoby niepełnosprawne.

W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający kilkakrotnie występował do Odwołującego o wyjaśnienie treści oświadczenia złożonego w ofercie, w którym wykonawca stwierdził, że jeden z członków konsorcjum zatrudnia ponad 50% pracowników, gdyż na podstawie tego oświadczenia Zamawiający nie mógł jednoznacznie stwierdzić, czy wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie spełniają łącznie wymóg Zamawiającego. W piśmie z dnia 09.08.2012 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie ilu pracowników zatrudniają poszczególni członkowie konsorcjum i ilu z nich to osoby niepełnosprawne. W odpowiedzi Konsorcjum Catermed wskazało na brak podstawy do żądania na tym etapie postępowania podania informacji o ilości pracowników zatrudnionych w tym ilości pracowników niepełnosprawnych i kategorycznie podtrzymał oświadczenie złożone w ofercie przez firmę GastroModuł D..... P..... o zatrudnianiu ponad 50% osób niepełnosprawnych (pismo z dnia 12.08.2012 r.).

Pismem z dnia 14.08.2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oświadczenia o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych w odniesieniu do całego Konsorcjum. W piśmie z dnia 16.08.2012 r. Odwołujący opierając się na wykładni przepisu art. 22 ust. 2 ustawy prezentowanej obecnie w odwołaniu, wskazał jako wystarczający dla osiągnięcia celu przepisu, udział jednego wykonawcy zatrudniającego

ponad 50% osób niepełnosprawnych spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Powinno to prowadzić do stwierdzenia, iż Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty.

Zamawiający w piśmie z dnia 04.10.2012 r. (po unieważnieniu czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej) wezwał Odwołującego do wyjaśnienia czy na dzień składania ofert liczba zatrudnionych pracowników niepełnosprawnych u wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum przekraczała 50% liczby wszystkich zatrudnionych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Odwołujący wskazał na udzielane wcześniej wyjaśnienia, które nie mogą budzić wątpliwości co do spełnienia tego warunku.

Izba oddalając odwołanie uznała, iż czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy znajdowała uzasadnienie w ustalonych okolicznościach, chociaż przy odmiennej od wskazanej w decyzji zamawiającego podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego się.

Zamawiający zdecydował się na wprowadzenie do warunków ubiegania się o zamówienia zastrzeżenia, o dopuszczalności ubiegania się o zamówienie wyłącznie przez wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego (pkt V.6 siwz). Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę oświadczenia o zatrudnianiu ponad 50% osób niepełnosprawnych (...). W ofercie Odwołujący załączył na stronie 98 oświadczenie złożone przez D..... P....., jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie o zatrudnieniu ponad 50% pracowników niepełnosprawnych.

Na wstępie Izba uznała, iż warunek o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy należy traktować jako odrębny, niezależny od opisanych w ustępie pierwszym tego przepisu warunków udziału w postępowaniu. Warunki o których mowa w art. 22 ust. 1, służą ocenie zdolności podmiotu do realizacji przedmiotu zamówienia przez pryzmat posiadanych uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego i finansowego, natomiast warunek zatrudnienia ponad 50% pracowników niepełnosprawnych, określa profil zatrudnienia wykonawcy dopuszczonego do udziału w postępowaniu, bez oceny doświadczenia, czy też wiedzy tych osób. Na odrębny sposób traktowania warunków z ustępu pierwszego i drugiego wskazują dalsze przepisy ustawy oraz rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów (...). Przykładowo można wskazać na brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy, w którym przenosi się jedynie treść warunków z ustępu pierwszego art. 22 ustawy. Również w rozporządzeniu odrębnie traktuje się

dokumenty składane na potwierdzenie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 (wskazane w paragrafie 1) od oświadczenia wykonawcy o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych (wskazanego w paragrafie 3). Powyższe prowadzi do konieczności ścisłej wykładni przepisu art. 22 ust. 2 ustawy, w którym ustawodawca zawarł kategoryczne stwierdzenie możliwości ograniczenia dostępu do zamówienia wyłącznie do tych wykonawców, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. W ocenie Izby, takie brzmienie przepisu wymaga, aby w toku oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie doszło do obejścia przepisu, którego celem było wzmocnienie pozycji tych podmiotów, które stwarzają miejsca pracy dla osób niepełnosprawnych w ilości znaczącej dla danego przedsiębiorstwa. Zawiązanie konsorcjum nie może stanowić drogi do obejścia przepisu ustawy, w ten sposób, aby dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w ogóle nie zatrudniają pracowników niepełnosprawnych (a zamierzają na przykład jedynie korzystać z potencjału podmiotu trzeciego mającego status zakładu pracy chronionej). Izba uznała, iż na gruncie przepisu art. 22 ust. 2 ustawy nie znajdują zastosowania zasady dotyczące wykazania koniecznego do realizacji zamówienia zasobu kadrowego przez możliwość skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, co podnosił Odwołujący w swoim wystąpieniu. Ponieważ Odwołujący od początku udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień stał na stanowisku, iż dopuszczalna jest sytuacja, w której tylko jeden z trzech ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców spełnia warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy i odmawiał udzielenia dalszej informacji o stanie zatrudnienia osób niepełnosprawnych przez pozostałych uczestników konsorcjum, zarówno Zamawiający, jak i Izba nie była w stanie ustalić, czy Konsorcjum Catermed spełnia łącznie powyższy warunek ubiegania się o zamówienie, tj. czy ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne. Odwołujący zmierzał do wykazania możliwości spełnienia warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie już przez udział w konsorcjum tylko jednego wykonawcy zatrudniającego ponad 50% pracowników niepełnosprawnych. Taka interpretacja warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy, prowadziłyby do sytuacji, w której niezależnie od stanu zatrudnienia pracowników niepełnosprawnych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w skrajnych sytuacjach, wystarczającym dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, byłoby złożenie oferty wspólnie z przedsiębiorcom prowadzącym działalność, zatrudniającym jedną osobę niepełnosprawną. Skoro do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy (art. 23 ust. 3 ustawy), to koniecznym dla wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy było wykazanie, iż Konsorcjum Catermed zatrudnia łącznie ponad 50% pracowników niepełnosprawnych. Odwołujący w swojej ofercie potwierdził spełnienie warunku przez jednego z uczestników

konsorcjum, załączając oświadczenie D..... P....., które nie odnosiło się do stanu zatrudnienia osób niepełnosprawnych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Izba uznała, iż brak potwierdzenia spełnienia warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w zakresie zatrudnienia ponad 50% osób niepełnosprawnych stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a nie jak uczynił to Zamawiający odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. pkt 2. Nie wpływało to jednak na wynik postępowania, gdyż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, co wypełnia przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Mając powyższe na względzie, odwołanie należało oddalić w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego (15.000,00 zł), a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości wykazanej rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: