

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2013 r.

przez wykonawcę: **A..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pegaz 2 A..... J....., Białystok**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług cateringowych na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w Białymstoku* (nr postępowania BO-II.272.9.2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Podlaskie z siedzibą w Białymstoku – reprezentowane przez Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania A..... J..... z Białegostoku prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pegaz 2 A..... J....., a także powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Województwo Podlaskie z siedzibą w Białymstoku i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez**

odwołującego: Pegaza 2 A..... J..... z Białegostoku – tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego: Województwa Podlaskiego z siedzibą w Białymstoku** na rzecz **odwołującego: Pegaza 2 A..... J..... z Białegostoku** kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Podlaskie reprezentowane przez Urząd Marszałkowski Województwa Podlaskiego – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi *Świadczenie usług cateringowych na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego w Białymstoku* (nr postępowania BO-II.272.9.2013)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 lutego 2013 r. pod nr 61764-2013, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (WWW.wrotapodlasia.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 270.000,00 zł – co stanowi równowartość 67.170,86 euro.

26 marca 2013 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – A..... J..... z Białegostoku prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Pegaz 2 A..... J..... – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

2 kwietnia 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu), któremu zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 92 ust. 1 pkt 3, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego w postępowaniu oświadczenia z naruszeniem art. 26 ust. 3 i 4, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty

Odwołującego.

Odwołujący w następujący sposób sprecyzował zarzut odwołania:

Odwołujący w pierwszej kolejności w następujący sposób zrelacjonował okoliczności faktyczne. W toku postępowania złożył wymagany przez Zamawiającego załącznik nr 3 do SIWZ, który był również oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wynikających z art. 22 ust. 1 pzp (takie wymaganie wynikało z pkt 13. ppkt 1. lit. a SIWZ). Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Odwołującego. Następnie 8 marca 2013 r. Zamawiający drogą elektroniczną wezwał Odwołującego do dostarczenia następujących dokumentów w celu podpisania umowy: kopii polisy ubezpieczeniowej OC na kwotę 200.000 zł, zaświadczenia o wpisie zakładu do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej oraz decyzji zatwierdzającej samochód do transportu żywności wydanej przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego. 18 marca 2013 r. Odwołujący dostarczył takie dokumenty lecz nie doszło do podpisania umowy. 22 marca 2013 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wezwanie do dostarczenia decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Białymstoku zatwierdzającej prowadzenie działalności cateringowej lub innego właściwego dokumentu, z którego w sposób jednoznaczny wynikać będzie możliwość świadczenia usług cateringowych, gdyż w przedstawionym wpisie nie było to wskazane jednoznacznie. Termin na złożenie dokumentu wyznaczono na 25 marca 2013 r. do godz. 12:00. W tym terminie Odwołujący złożył Protokół Kontroli Sanitarnej przeprowadzonej przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego z 22 marca 2013 r., w którym na stronie 3. znalazło się stwierdzenie, że w zakładzie spełnione są warunki do produkcji potraw od surowca do wyrobu gotowego, wyrobów garmażeryjnych, dań kulinarnych na potrzeby cateringu. dniu 26 marca 2013 r. Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną zawiadomienie o powtórным badaniu ofert przeprowadzonym przez Zamawiającego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Probart sp. z o.o. Równocześnie Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wykluczył Odwołującego i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp odrzucił jego ofertę. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika, że nie posiadał w chwili złożenia oferty uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie wymaganym przedmiotem zamówienia.

Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w sytuacji, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Odwołującego kiedy w toku postępowania Zamawiający powziął informację, że zaistniało prawdopodobieństwo złożenia przez Odwołującego nieprawidłowego oświadczenia, zobowiązany był do zweryfikowania takiej informacji.

Zamawiający musiał wprawdzie stwierdzić w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje oraz potwierdzić, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której nie zostaną zachowane zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji wynikające z art. 7 ust. 1 pzp. W tym celu Zamawiający, korzystając z uprawnień nadanych mu przez ustawodawcę, na podstawie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 pzp powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Według Odwołującego znalazło to odzwierciedlenie m.in. [innych wyroków w odwołaniu nie przywołano] w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 8 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 1112/11). Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o posiadaniu uprawnień do wykonywania działalności objętych zamówieniem, co w ocenie Odwołującego stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 4 pzp. Odwołujący podniósł, że jak wynika z pisma z 26 marca 2013 r. Zamawiający nie kwestionował faktu posiadania przez Odwołującego uprawnień do wykonywania czynności wynikających z przedmiotu umowy, a fakt, że Odwołujący nie posiadał ich w dniu, w którym upływał termin składania ofert. W ocenie Odwołującego ponieważ celem postępowania o udzielenie zamówienia jest podpisanie umowy najbardziej korzystnej dla Zamawiającego, powinien on wykorzystać wszystkie możliwości, aby wyjaśnić niejasności i wybrać najlepszą dla siebie ofertę.

Zdaniem Odwołującego w piśmie z 26 marca 2013 r. Zamawiający w sposób lakoniczny poinformował o przyczynach wykluczenia i odrzucenia oferty. Zamawiający podał wprawdzie jakie informacje uznał za nieprawdziwe, ale nie wskazał konkretnie na jakiej podstawie, ograniczając się tylko do stwierdzenia, że wynika to z przedłożonych przez firmę Pegaz 2 Adam Jarocki dokumentów. W ocenie Odwołującego przez brak wskazania o jakie dokumenty chodzi i z jakich przesłanek wynika wnioski o nieprawdziwość oświadczenia, Zamawiający ograniczył możliwość odniesienia się do zarzutów przez Odwołującego, co powoduje, że *nie może być zrealizowana dyspozycja* art. 92 ust 1 pkt 3 pzp. Odwołujący podkreślił, że uzasadnienie informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożył wymagany przez Zamawiającego w SIWZ dokument świadczący o posiadaniu uprawnień do wykonywania czynności związanych z zamówieniem – oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na podst. art. 22 pzp. Następnie 18 marca 2013 r. złożył u Zamawiającego zaświadczenie o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej z 25 listopada 2011 r. Odwołujący stwierdził, że we wpisie tym nie ma rozszerzenia działalności o działalność cateringową,

gdyż na podstawie art. 64 pkt 1a ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia zmianę danych zakładu zgłasza się w ciągu 30 dni od daty zaistnienia zmiany. Odwołujący podniósł, że taką zmianę – polegającą na rozszerzeniu działalności o catering – Odwołujący wprowadził 20 lutego 2013 r. i 11 marca 2013 r. złożył wniosek o zmianę danych we wpisie. Według Odwołującego dlatego stwierdzić należy, że 26 lutego 2013 r. posiadał uprawnienia do prowadzenia działalności cateringowej. Natomiast Zamawiający nie skorzystał ze swoich uprawnień i nie zażądał żadnych wyjaśnień odnośnie tego wpisu.

Odwołujący podsumował, że podane powyżej okoliczności wskazują na wadliwe zastosowanie w stosunku do niego art. 24 ust 2 pkt 3 pzp, co w konsekwencji winno skutkować uchyleniem wadliwych czynności polegających wykluczeni go z postępowania oraz na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem jego oferty.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie, a merytorycznie do zarzutów odwołania odniósł się na rozprawie.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego z 8 kwietnia 2013 r. kopia odwołania została przesłana pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu 2 kwietnia 2013 r. drogą elektroniczną oraz 3 kwietnia 2013 r. listem poleconym.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zgłoszono w tym zakresie wniosków przeciwnych.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, natomiast Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę, która pierwotnie została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutu przeciwko wykluczeniu go z postępowania. Jednocześnie ta ostatnia czynność podjęta przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, pism Zamawiającego i Odwołującego po pierwotnym wyborze najkorzystniejszej oferty, a także z protokołu postępowania.

Zamawiający w następujący sposób uzasadnił decyzję o wykluczeniu Odwołującego: *Zgodnie z zapisami SIWZ wszyscy wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oświadczeń wynikających z art. 44 ustawy PZP (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1 ustawy PZP o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, min. warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.*

Zamawiający w § 1 załącznika nr 2 do SIWZ - istotnych postanowieniach umowy zawarł konieczność przedłożenia do umowy przez Wybranego Wykonawcę, zaświadczeń, min. zaświadczenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej, iż zakład jest wpisany do rejestru zakładów podlegających urzędowej rejestracji.

Z przedłożonych dokumentów przez firmę Pegaz 2 A..... J..... wynika, iż Wykonawca nie posiadał w chwili złożenia oferty decyzji w sprawie rejestracji i zatwierdzenia zakładu wymaganej przepisami art. 62 i 63 Ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. 2010.136.914) zezwalającej na prowadzenie usług w formie cateringu. Wykonawca złożył więc nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W związku z zaistnieniem powyższych okoliczności Zamawiający zobowiązany był do wykonania czynności powtórnej oceny, badania i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut bezpodstawności wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp. Zamawiający bezpodstawnie przypisał Odwołującemu złożenie nieprawdziwej informacji polegające na złożeniu oświadczenia o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego *posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.*

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że Zamawiający zaniechał sprecyzowania warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, którego potwierdzenia spełniania oczekuje od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tymczasem sprecyzowanie wynikających z art. 22 ust. 1 pkt 1-4 pzp warunków udziału w postępowaniu – polegające na opisanu sposobu oceny ich spełniania – ma kluczowe znaczenie. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie *spełnia – nie spełnia*. Jest to istotne, gdyż warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających, wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu. Jest to działanie dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez dyspozycję art. 22 ust. 4 pzp, który wskazuje na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału z przedmiotem zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych

potencjalnym wykonawcom. Tymczasem poza przepisaniem w pkt 2. s.i.w.z. treści art. 22 ust. 1 pzp, Zamawiający w pkt 3. s.i.w.z. sprecyzował swoje wymagania tylko w odniesieniu do warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia (lit. a), dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (lit. b) i odpowiednim potencjałem technicznym (lit. c). Również w pkt 13. s.i.w.z. – zawierającym wykaz oświadczeń i dokumentów – Zamawiający nie zażądał żadnego dokumentu dotyczącego uprawnień z rodzajów wskazanych w pkt 1. ust. 1. § 1. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Jednakże z § 1 ust. 1 rozporządzenia wynika, że zażądanie takiego dokumentu przez zamawiającego jest możliwe wyłącznie w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków z art. 22 ust. 1 pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W rozstrzyganej sprawie Zamawiający konsekwentnie nie dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego uprawnień, ani nie zażądał dokumentu w celu wykazania spełniania takiego warunku. Zamawiający z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia nie miał obowiązku zażądania dokumentu z rozporządzenia, co nie zwalniało go jednak od dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego uprawnień. O ile Zamawiający w lit. a ppkt 1. pkt 13. s.i.w.z. zażądał złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp (przygotowując jego wzór w pkt 6 załącznika nr 3 do s.i.w.z.) – o tyle w ogóle poniechał sprecyzowania jakie okoliczności w zakresie uprawnień miałyby potwierdzać to oświadczenie. Zamawiający – choć było to jego prawem i obowiązkiem – ani w ogłoszeniu, ani w s.i.w.z. nie wskazał jakich to uprawnień wymaga od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na obowiązek podania już w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, za spóźnione i niedopuszczalne należy uznać sprecyzowanie przez Zamawiającego dopiero w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania, że wymagał wykazania uprawnień do *prowadzenia usług w formie cateringu*, których obowiązek posiadania miałyby wynikać z art. 62 i 63 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tekst jednolity Dz. U. z 2010 Nr 136, poz. 914, z późn. zm.). Już choćby z tego względu obiektywnie Odwołujący nie mógł złożyć nieprawdziwych informacji co do spełniania warunku, który w rzeczywistości nie został przez Zamawiającego sprecyzowany w odpowiednim czasie i miejscu.

Po drugie – Izba zważyła, że Zamawiający po dokonaniu wyboru oferty Odwołującego bezpodstawnie wywiódł warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp – z § 11. istotnych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 2

do s.i.w.z. (w uzasadnieniu wykluczenia błędnie wskazano na § 1). Zgodnie z brzmieniem § 11. umowy: *Wykonawca oświadcza, iż świadczone usługi są pod nadzorem Państwowej Inspekcji Sanitarnej i zakład jest wpisany do rejestru zakładów podlegających urzędowej rejestracji.* {ust. 1} *Zaświadczenie Państwowej Inspekcji Sanitarnej iż zakład jest wpisany do rejestru zakładów podlegających urzędowej rejestracji stanowi załącznik nr..... do umowy.* {ust. 2} Zamawiający wymagał zatem przedstawienia zaświadczenia o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej rejestracji wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejsza. Tego typu warunek wiążący tylko wykonawcę – stronę tej umowy, zasadniczo różni się od warunku udziału w postępowaniu, który musi spełniać każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ponadto o ile warunek udziału w postępowaniu musi być spełniony najpóźniej na dzień upływu terminu składania ofert, o tyle wymaganie z § 11. aktualizowało się z chwilą zawarcia umowy. Choć późniejsze zachowanie Zamawiającego na to nie wskazuje, wydaje się, że mógł to być świadomy zabieg umożliwiający ubieganie się o udzielenie zamówienia również wykonawcom, którzy na dzień składania ofert nie dysponowali takim zaświadczeniem, jednak mogli je uzyskać w razie wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej. Należy zauważyć, że o ile Zamawiający ma prawo wyznaczyć termin podpisania umowy, a zatem pośrednio zdecydować o dniu, w którym wybrany wykonawca będzie musiał dysponować zaświadczeniem – o tyle Zamawiający w pkt 18. s.i.w.z. – zawierającym informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego – nie wskazał, że jedną z formalności będzie uprzednie przedstawienie stosownego zaświadczenia. Tym samym Zamawiający naraził się na niepewność aż do dnia podpisania umowy, czy właściwy dokument zostanie przedstawiony przez wybranego wykonawcę. Szczęśliwie dla Zamawiającego Odwołujący reagował na wezwania o przesłanie dokumentów, o których mowa w § 10. i 11. umowy, przesyłając je przed podpisaniem umowy. W konsekwencji niemożność przedstawienia wymaganego do zawarcia umowy jednego z tych dokumentów mogła wpływać na ocenę zdolności Odwołującego do jej podpisania, a nie na zmianę oceny spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp. Ostatecznie do podpisania umowy nie doszło, a Zamawiający wykluczył Odwołującego. Z przebiegu rozprawy wynika, że niesporne jest dysponowanie przez Odwołującego od 27 marca 2013 r. wymaganym przez Zamawiającego zaświadczeniem (choć według Odwołującego wystarczający był już protokół z kontroli 22 marca 2013 r., który przesłał Zamawiającemu 25 marca 2013 r.). Aktualnie nie ma zatem przeszkody do zawarcia umowy z Odwołującym, który uzyskał po wyborze jego oferty wymagany na mocy postanowień umowy dokument, co Zamawiający

błędnie uznał za zachowanie świadczące o złożeniu w ofercie nieprawdziwej informacji o spełnianiu warunku udziału dotyczącego uprawnień wymaganych do realizacji zamówienia.

Z treści uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego wynika pośrednio, że Zamawiający zdawał sobie sprawę z niemożności wykluczenia Odwołującego za niespełnianie warunku udziału w postępowaniu, a zatem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 pzp, stąd wskazał na przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp. Uzasadnienie Zamawiającego jest jednak wewnętrznie sprzeczne i nielogiczne. W pierwszym akapicie mowa jest o oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, co może się odnosić tylko do oświadczenia składanego wraz z ofertą, o którym mowa lit. a ppkt 1. pkt 13. s.i.w.z. Następnie w drugim akapicie przechodzi się do treści wzoru umowy, wprost wskazując na konieczność *przedłożenia do umowy* zaświadczenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Po czym następuje niespodziewana konkluzja, że brak tego dokumentu wymaganego do podpisania umowy, świadczy rzekomo o nieprawdziwości złożonego do upływu terminu składania ofert oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. W istocie Zamawiający w tym uzasadnieniu, jak słusznie podniósł to Odwołujący, w ogóle nie odniósł się do okoliczności świadczących o zaistnieniu przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 pzp. Również na rozprawie Zamawiający zmierzał wyłącznie do wykazania, że na dzień upływu terminu składania ofert Odwołujący nie dysponował zaświadczeniem potwierdzającym rejestrację i zatwierdzenie zakładu w zakresie prowadzenia działalności cateringowej. Jednakże w okolicznościach rozstrzyganej sprawy wywody te należy uznać za bezprzedmiotowe dla wykazania złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji. Z uwagi na związanie przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp – Izba nie nakazała unieważnienia innych niż wykluczenie Odwołującego z postępowania czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 oraz 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

Sygn. akt KIO 756/13

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis.

Przewodniczący: