

Sygn. akt: KIO 2017/17

POSTANOWIENIE
z dnia 3 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 3 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 26 i Jol-Mark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu ul. Dworcowa 22** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii z siedzibą w Bystrej ul. J. Fałata 2**

postanawia :

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 26 i Jol-Mark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu ul. Dworcowa 22** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej”, numer referencyjny 29/EZP/380/NP/4/2017, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30 czerwca 2017 roku, pod numerem 2017/S 123-249716.

W dniu 14 września 2017r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. W dniu 25 września 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 26 i Jol-Mark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu ul. Dworcowa 22 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw z dnia 25 września 2017r. udzielonych: przez Vendi Servis i podpisanego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji i przez Jol-Mark i podpisanego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji, zgodnie z odpisami z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 25 września 2017r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy i w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w rozdziale 5 ust. 3 pkt 2 pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: siwz), a więc tego że dysponuje lub będzie dysponował odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym osobą posiadającą kwalifikacje dietetyka, tj. osobą posiadającą tytuł zawodowy dietetyka lub tytuł zawodowy technika technologii żywienia w specjalności dietetyka, co wprost wynika z oświadczenia wykonawcy i dokumentu złożonego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo iż wykonawca nie wykazał spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, co wprost wynika z oświadczenia wykonawcy i dokumentu złożonego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, ewentualnie
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, ewentualnie

- 4) art. 26 ust. 2f ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów w celu wykazania tego, że wykonawca spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wobec wyboru oferty wykonawcy, pomimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, co wynika wprost z oświadczenia tego wykonawcy i złożonego dokumentu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) wykluczenia z postępowania wykonawcy - Konsorcjum firm: DGP Catering Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o. i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą;
- c) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołujący wskazał, że przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, jego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy i wybrał ofertę wykonawcy jako ofertę najkorzystniejszą, co stanowi o naruszeniu przepisów ustawy.

W dniu 30 czerwca 2017 roku zamawiający zamieścił w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu na „Świadczenie usługi przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej. Termin składania ofert mijał w dniu 7 sierpnia 2017 roku.

Zamawiający w rozdziale 5 („Warunki stawiane wykonawcom ubiegającym się o zamówienie”) ust. 2 pkt 2 siwz określił, jako warunek udziału w postępowaniu: „W zakresie warunku dysponowania zdolnością techniczną i zawodową zapewniającą wykonanie zamówienia zamawiający wymaga, aby wykonawca potwierdził, że dysponuje lub będzie dysponował odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym: osobą posiadającą kwalifikacje dietetyka tj. osobą posiadającą tytuł zawodowy dietetyka lub uzyskała tytuł zawodowy technika technologii żywienia w specjalności dietetyka”.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał (rozdział 12 ust. 1 pkt g siwz) złożenia „wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia odpowiedzialnych za realizację zamówienia, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami wykonawca złożył ofertę zawierającą formularz JEDZ, ale niezawierający

wszystkich informacji w części IV - Kryteria kwalifikacji. Pismem z dnia 11 sierpnia 2017 roku zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia formularza JEDZ w części IV. W dniu 14 sierpnia 2017 roku wykonawca przedłożył uzupełniony w części IV formularz JEDZ. W pkt 2 części C wykonawca wskazał osobę skierowaną do realizacji zamówienia - „D. S. - Dietetyk”. W dniu 1 września 2017 roku zamawiający wezwał wykonawcę, w trybie art. 26 ust 1 ustawy, do złożenia w terminie do 11 września 2017 roku, aktualnych na dzień złożenia, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, w tym m.in. do przedłożenia wykazu osób zawierającego informacje określone w rozdziale 12 ust. 1 pkt g siwz.

W dniu 8 września 2017 roku wykonawca złożył pismo wraz z dokumentami. Wykonawca przedłożył wykaz osób - wykazując D. S., jako osobę o kwalifikacjach dietetyka. Jednocześnie w podstawie dysponowania tą osobą wykonawca wskazał „oświadczenie*”. Wykonawca przedłożył dwa oświadczenia D. S.: pierwsze z 4 sierpnia 2017 roku, a drugie z 5 września 2017 roku:

wykonawca wyjaśnił, że w dniu 4 sierpnia 2017 roku, D. S. złożyła oświadczenie, iż zobowiązuje się podjąć współpracę z wykonawcą w zakresie niezbędnym do realizacji ww. zamówienia.” Natomiast w dniu 5 września 2017 roku D. S. złożyła wykonawcy oświadczenie, że „z uwagi na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia gospodarcze i wynikające z tego faktu obowiązki służbowe, jak również z przyczyn osobistych, nie jest możliwe podjęcie z wykonawcą realnej współpracy w ramach ww. zamówienia, a tym samym zawarcie umowy zlecenia. Wykonawca wyjaśnił w piśmie zamawiającemu, że Konsorcjum firm nie udało się nawiązać współpracy z innym podmiotem posiadającym wymazane w siwz zdolności zawodowe (kwalifikacje)".

Do dnia 11 września 2017 roku (termin wyznaczony przez zamawiającego) wykonawca nie złożył żadnych innych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą posiadającą kwalifikacje dietetyka.

Pomimo jednoznacznej informacji od wykonawcy, że nie dysponuje D. S. - jako osobą posiadającą kwalifikacje dietetyka oraz że nie udało mu się nawiązać współpracy w tym zakresie z żadną inną osobą posiadającą takie kwalifikacje - zamawiający zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i wybrał jego ofertę, jako najkorzystniejszą. Działanie zamawiającego jest nieprawidłowe.

Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami:

- art. 25a. ust. 1 ustawy: Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ust. 2: Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na

podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.

- art. 26. ust. 1 ustawy: zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Odwołujący odwołał się także do orzecznictwa - z wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 707/16, wyroku KIO z dnia 9 maja 2017 r., KIO 785/17 czy w wyrokach: z dnia 26 maja 2016 roku, KIO 966/15; z dnia 19 grudnia 2016 roku, KIO 2270/16; z dnia 5 stycznia 2017 r., KIO 2334/16.

Zamawiający nie wziął pod uwagę, że na dzień 8 września 2017 roku oświadczenie wykonawcy zawarte w JEDZ o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobą o kwalifikacjach dietetyka było już nieaktualne. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy wprost oświadczył, że żadną osobą o wymaganych kwalifikacjach nie dysponuje. Wykonawca nie zmienił swojego oświadczenia o niedysponowaniu wymaganą osobą do dnia 11 września 2017 roku (do końca terminu wyznaczonego do złożenia dokumentów). Samo oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zawarte w JEDZ nie potwierdza spełnienia tych warunków, jeśli następnie zamawiający powziął wiadomość, iż oświadczenie to jest nieaktualne. Wykonawca nie złożył w trybie art. 26 ust. 1 ustawy aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a wręcz przeciwnie — złożył oświadczenie i dokument, z którego wynika wprost niespełnienie tego warunku.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca nie wykazał także, aby dysponował osobą o wymaganych kwalifikacjach (D. S.) na dzień składania ofert. Oświadczenie, które złożyła D. S. z dnia 4 sierpnia 2017 roku nie potwierdzało, aby wykonawca dysponował tą osobą. Oświadczenie było bowiem ogólnikowe, nie zawierało klauzuli o jego nieodwołalności, a zatem mogło być w każdym momencie odwołane. Oświadczenia tego nie można traktować jako podstawy do dysponowania osobą na potrzeby realizacji zamówienia publicznego. Niezależnie od tego oświadczenie to na dzień składania dokumentów przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 ustawy (8 września 2017 roku) było już nieaktualne i nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zostało odwołane oświadczeniem z dnia 5 września 2017 roku).

Zdaniem odwołującego brak jest podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów: Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia

postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W przedmiotowej sprawie dokumenty na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy zostały przez wykonawcę złożone, dokumenty są kompletne, nie zawierają błędów i nie budzą wątpliwości. Dokumenty te jednak nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Brak jest zatem podstaw do wzywania wykonawcy w w/w trybie, tym bardziej, że - niezależnie, czy wykonawca złożyłby nowe aktualne dokumenty - nie zachował ciągłości spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest nie spełniał warunków udziału w postępowaniu od dnia 5 września 2017 roku, co sam wyraźnie oświadczył. Powyższe jednoznaczne oświadczenie wykonawcy powoduje, że zbędne i niezasadne jest także wzywanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 2f ustawy.

Odwołujący zatem postawił w niniejszym odwołaniu zarzuty zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jedynie z daleko idącej ostrożności.

W dniu 14 września 2017 roku zamawiający wybrał, jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę wykonawcy, którego oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu było wadliwe, a nadto nieaktualne na dzień składania dokumentów zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. Wykonawca sam oświadczył i wykazał to zamawiającemu. Zamawiający zignorował oświadczenie i dokument przedłożone przez wykonawcę. Takie postępowanie zamawiającego stanowi wprost o naruszeniu uczciwej konkurencji i nierównym potraktowaniu tych wykonawców, którzy w sposób rzetelny wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu i oświadczenie w tym przedmiocie pozostawało i pozostaje aktualne. Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Zamawiający w dniu 25 września 2017r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając informację na stronie internetowej wraz z kopią odwołania.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne przystąpienie.

W dniu 2 października 2017r. zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości. Oświadczenie zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji zamawiającego.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki wynikające z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, a tym samym wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, a zatem umorzenie postępowania było możliwe i konieczne.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm. z 2017 poz. 47).

Przewodniczący: