

WYROK

z dnia 28 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Impel Catering Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Centrum Opieki Medycznej w Jarosławiu ul. 3 Maja 70, 37-500 Jarosław

protestu z dnia 15 września 2008 r.

przy udziale **CATERMED Sp. z o.o. ul. Kronikarza Galla 25, 30-053**

Kraków zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Impel Catering Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Impel Catering Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Impel Catering Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *świadczenie usług w zakresie przygotowania i dostarczania posiłków dla pacjentów Centrum Opieki Medycznej w Jarosławiu*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na tablicy ogłoszeń i stronie internetowej 3 lipca 2008 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE 8 lipca 2008 r. pod numerem 2008/S 130-173404. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.077.996 złotych, 278.042 euro. W wyznaczonym terminie składania ofert zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz Przystępującego. 10 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

15 września 2008 r. Odwołujący wniósł protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosząc o:

1. uchylenie czynności wyboru oferty Przystępującego,

2. wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W dalszej treści protestu Odwołujący stwierdza, iż oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem XI.6.g specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca powinien przedłożyć do oferty dokument potwierdzający posiadanie kuchni (umowa najmu lub dzierżawy, akt własności) zdolnej świadczyć usługi cateringowe, przez cały okres trwania umowy z Zamawiającym. Zgodnie z art. 2 ust. 1 i 3 załączonej do oferty umowy z SPZOZ w Przeworsku wykonawca zobowiązuje się wykorzystywać przedmiot najmu na świadczenie usługi polegającej na zapewnieniu całodziennego żywienia pacjentów szpitala oraz nie może wykorzystywać lokalu użytkowego na inne cele niż określone w ust. 1, i bez pisemnej zgody zamawiającego (tj. SPZOZ w Przeworsku). Natomiast w złożonej ofercie brak jest dokumentu, z którego wynikałaby taka zgoda SPZOZ w Przeworsku. Co więcej, w umowie tej zastrzeżona jest możliwość rozwiązania tej umowy w razie wykorzystywania kuchni niezgodnie z przeznaczeniem. Przystępujący zatem nie ma żadnych podstaw, by korzystać z kuchni przy realizacji niniejszego zamówienia. W konsekwencji Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie spełnił warunku udziału w postępowaniu oraz nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie tychże warunków. Z tego powodu Zamawiający jest zobowiązany także odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

24 września 2008 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu następujące rozstrzygnięcie protestu: *Po dokonaniu analizy nadesłanego protestu, Zamawiający uwzględnił protest w części, skutkiem czego będzie dokonanie ponownej analizy i oceny ofert.*

29 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 2 października 2008 r.), w którym rozstrzygnięciu protestu zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z wyborem Przystępującego niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu i nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylecia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego,
2. wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenia jego oferty,
3. ponownej oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący stwierdził, iż rozstrzygnięcie protestu ze względu na swoją ogólnikowość ma charakter całkowicie niezrozumiały, nie wynika z niego bowiem stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutów i żądań zawartych w proteście, tzn. które z nich zostały uwzględnione. Zamawiający nie określił również, która część protestu nie zasługuje na uwzględnienie. W związku

z tym Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania wymienione w proteście.

W przystąpieniu do postępowania odwoławczego Przystępujący stwierdził, że rozstrzygnięcie Zamawiającego należy uznać za prawidłowe, nie może on bowiem podjąć decyzji o ewentualnym wykluczeniu wykonawcy bez powtórzenia czynności oceny ofert. Podniósł też, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie został w żaden sposób uzasadniony, poza tym nie był podnoszony w proteście, więc nie może być rozpatrywany przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący nie sprecyzował ani nie uzasadnił również zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. rażąco niskiej ceny, omyłek rachunkowych lub błędów w obliczeniu ceny. Jedynym zarzutem jest brak podstaw do korzystania z kuchni. Tymczasem dyrekcja SPZOZ 8 sierpnia 2008 r. wyraziła na piśmie wymaganą zgodę, a kopia tego pisma została załączona do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Poza tym Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy bez wezwania go do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sprecyzował w proteście i odwołaniu jeden zarzut dotyczący braku wymaganej przez Zamawiającego kuchni.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział XI pkt 6 ppkt g) Zamawiający żądał przedstawienia *dokumentu potwierdzającego posiadanie kuchni (umowa najmu lub dzierżawy, akt własności) zdolnej świadczyć usługi cateringowe, przez cały okres trwania umowy z Zamawiającym.*

Jak wynika jasno z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiotowe wymaganie nie stanowiło warunku udziału w postępowaniu, o czym świadczą informacje zawarte w punkcie III.2 ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym UE (jak również w innych ogłoszeniach) oraz postanowienia rozdziału IX i X specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dotyczą odpowiednio postawionych warunków oraz dokumentów, jakie należy złożyć na potwierdzenie ich spełniania. Oczywiste jest, iż ze względu na znaczenie dla postępowania warunki udziału w postępowaniu i dokumenty, które wykonawcy mają przedstawić w celu potwierdzenia ich spełniania, muszą być jasno określone w stosownych dokumentach – w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie można domniemywać postawienia jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu wbrew brzmieniu tych dokumentów.

W związku z tym Zamawiający nie miał prawa wykluczyć wykonawcy z udziału w postępowaniu powołując się na swoje żądanie – a tym samym zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie potwierdził się.

Zamawiający żądał przedstawienia ww. dokumentu w rozdziale XI pkt 6 ppkt g specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który dotyczy opisu sposobu przygotowania oferty. Z tego względu dokument ten można zakwalifikować jedynie jako dokument wymieniony w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli *potwierdzający spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego*. Tak więc skład orzekający Izby wziął pod uwagę zarzut niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Składając ofertę Przystępujący przedstawił *Umowę najmu – kuchnia szpitalna* zawartą 1 października 2007 r. pomiędzy SPZOZ w Przeworsku a CATERMED Sp. z o.o. Zgodnie z artykułem 2 ust. 1 i 3 tej umowy *WYKONAWCA nie może wykorzystywać lokalu użytkowego na inne cele niż określone w ust. 1, i bez pisemnej zgody ZAMAWIAJĄCEGO. WYKONAWCA*

nie może oddawać przedmiotu najmu bądź jego części w podnajem, dzierżawę, poddzierżawę, użytkowanie lub użyczenie osobom trzecim. Natomiast w artykule 6 ust. 1 tej umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo natychmiastowego wypowiedzenia umowy m.in., gdy wykonawca będzie wykorzystywał przedmiot najmu niezgodnie z przeznaczeniem oraz przyjętymi uzgodnieniami.

18 września 2008 r., wraz z przystąpieniem do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, Przystępujący przedstawił Zamawiającemu pismo podpisane przez dyrektora SPZOZ w Przeworsku nr SPZOZ-III-AG/221/53/2008 z 8 sierpnia 2008 r. skierowane do Catermed Sp. z o.o., zgodnie z którym dyrekcja SPZOZ udzieliła jej zgody na dodatkową produkcję posiłków w kuchni szpitalnej.

25 września 2008 r. Zamawiający poprosił Przystępującego o uzupełnienie dokumentu, tj. *dostarczenie aktualnego dokumentu potwierdzającego posiadanie kuchni (umowa najmu lub dzierżawy, akt własności) zdolnej świadczyć usługi cateringowe, przez cały okres trwania umowy z Zamawiającym.*

W odpowiedzi Przystępujący, w wyznaczonym terminie, przedstawił pismo podpisane przez dyrektora SPZOZ w Przeworsku z 26 września 2008 r. nr SPZOZ-III-AG/221/61/2008, w którym dyrektor *wyraża zgodę na dodatkową produkcję posiłków na bazie naszej Kuchni Szpitalnej dla Centrum Opieki Medycznej w Jarosławiu.*

Po zapoznaniu się z powyższymi dokumentami skład orzekający Izby stwierdził, iż treść umowy z SPZOZ w Przeworsku rzeczywiście nie pozwala na jednoznacznie stwierdzenie, czy Przystępujący będzie mógł wykorzystywać wynajmowaną kuchnię na potrzeby obsługi Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający powinien był go wezwać do uzupełnienia dokumentu lub wyjaśnić tę wątpliwość odpowiednio na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym w tym zakresie protest był uzasadniony.

Skład orzekający Izby nie przyznaje racji twierdzeniu Zamawiającego, iż, rozstrzygając protest, nie ma on obowiązku uzasadniać swojej decyzji – wynika to wyraźnie z treści art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień

publicznych: *rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem (...) zamawiający przekazuje...* Jasne jest także, jakkolwiek nie wynika to *expressis verbis* z treści przepisu, iż rozstrzygnięcie Zamawiającego powinno być czytelne dla wykonawców. Natomiast trudno tę cechę przypisać cytowanemu powyżej rozstrzygnięciu Zamawiającego. Ponieważ jednak, pomimo przywołania szeregu przepisów, treść protestu obejmowała argumentację dotyczącą de facto jednej wady oferty Przystępującego, a treść rozstrzygnięcia należało skonfrontować z żądaniami protestu – jasne jest, iż Zamawiający zamierzał powtórzyć czynność badania i oceny ofert (... *Zamawiający uwzględnił protest w części, skutkiem czego będzie dokonanie ponownej analizy i oceny ofert*). W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał protest za bezsprzecznie uwzględniony w tym zakresie, wobec czego nie ma podstaw do nakazania Zamawiającemu dokonania tej czynności.

Dodatkowo, jak wynika z dalszych czynności podjętych przez Zamawiającego i powołanych powyżej dokumentów, Przystępujący spełnił powyższy, sporny wymóg Zamawiającego zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę przedstawionej przez Odwołującego specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej przez SPZOZ w Przeworsku uznając, iż nie ma ona znaczenia w niniejszym postępowaniu.

Skład orzekający Izby nie ustosunkował się do zarzutu naruszenia pozostałych wymienionych w proteście i odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zarzuty te nie zostały przez Odwołującego sprecyzowane, a naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie było również podnoszone w proteście.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Przemyślu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....