

**WYROK**

**z dnia 6 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Catering Partner Sp. z o.o. z Legnicy i DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z Legnicy oraz Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z Poznania** w postępowaniu prowadzonym przez **Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu i:**
  - 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 udzielenie zamówienia: DGP Catering Partner Sp. z o.o. z Legnicy i DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z Legnicy oraz**

**Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z Poznania** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Specjalistycznego Zespołu Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Catering Partner Sp. z o.o. z Legnicy i DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z Legnicy oraz Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z Poznania** kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Świadczenie usług cateringowych w zakresie całodziennego żywienia pacjentów hospitalizowanych w jednostkach Zamawiającego*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Catering Partner Sp. z o.o. z Legnicy i DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z Legnicy oraz Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z Poznania (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 21 lutego 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty Odwołującego, a w konsekwencji przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności oraz bez przedstawienia adekwatnego do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadnienia faktycznego,
- 3) art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, art. 41 ust. 7 ustawy Pzp w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. poprzez nieprecyzyjne dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu a w konsekwencji dokonanie niedopuszczalnej zmiany sposobu interpretacji warunku po upływie terminu składania ofert,
- 4) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, oraz art. 87 ust.

1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe wezwanie do uzupełnienia oraz zaniechanie wezwania do wyjaśnienia oferty Odwołującego,

5) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a tym samym próbę udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp,

6) art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez podanie uzasadnienia faktycznego wykluczenia oferty Odwołującego nie znajdującego potwierdzenia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

7) art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r, poz. 885 - dalej u.o.f.p.) co może doprowadzić do wyczerpania przesłanek naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskazanych w art. 17 ust, 1 pkt. 3 oraz ust. 1b pkt. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r, o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. Dz.U. Z 2013 r. poz. 168 -dalej u.o.n.d.f.p.),

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ww. postępowaniu,
- 2) ponowne przeprowadzenie badania i oceny oferty Odwołującego adekwatnie do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach ww., postępowania,
- 4) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego i jeżeli będzie taka potrzeba wezwanie do uzupełnienia bądź wyjaśnienia oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 12 lutego 2014 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż w pkt. 6.2.4 SIWZ określił, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że dysponują minimum jedną osobą w zakresie żywienia/dietetyki, która posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitali, w tym dzieci w przedziale wiekowym od 0-18 lat. Wykonawca, wzywany do uzupełnienia dokumentów oświadczył, że dysponuje osobą spełniającą ten warunek, posiadającą 4-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku dietetyk w Jednostce Zamawiającego. Nie możemy uznać tego warunku za spełniony, ponieważ praca na stanowisku dietetyka w Szpitalu nie polegała na bezpośrednim uczestniczeniu w przygotowywaniu posiłków dla pacjentów, czy ustalaniu poszczególnych diet specjalistycznych, lecz tylko na ich

zamawianiu w firmie cateringowej i podawaniu pacjentom. Zamawiający nie posiada od wielu lat kuchni, w której są przygotowywane posiłki dla osób hospitalizowanych, zatem osoba wskazana nie posiada doświadczenia w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitali.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Catering Partner Sp. z o.o. z Legnicy i DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z Legnicy oraz Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z Poznania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Catering Partner Sp. z o.o. z Legnicy i DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z Legnicy oraz Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. z Poznania jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 21 lutego 2014 r.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawierała m. in. następujące postanowienia:

Pkt 6: „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, ppkt 6.2: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

#### 4. Osoby zdolne do wykonania zamówienia:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje minimum jedną osobą z wykształceniem w zakresie żywienia/dietetyki, która posiada co najmniej 3 letnie doświadczeniem w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitali, w tym dzieci w przedziale wiekowym od 0-18 lat. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana zgodnie z formułą: spełnia/nie spełnia.

Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz innych wymaganych dokumentów:

5. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, a w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami -załącznik nr 7 do SIWZ

Ponadto Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu wykazując do spełnienia powyższego warunku osoby wskazane w załączonym przez siebie wykazie.

``Zamawiający pismem z dnia 4 lutego 2014 r. wezwał wykonawcę m. in. do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż w celu wykazania spełniania warunków w zakresie osób zdolnych do wykonywania zamówienia Wykonawca nie wykazał w ofercie, że dysponuje minimum jedną osobą z wykształceniem w zakresie żywienia/dietetyki, która posiada minimum 3-letnie doświadczenie w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitali, w tym dzieci w przedziale wiekowym od 0-18 lat.

Odwołujący pismem z dnia 4 lutego 2014 r. – na wezwanie Zamawiającego – uzupełnił brakujące dokumenty o wykaz osób wyznaczonych do realizacji w/w zamówienia, jednocześnie złożył oświadczenie, że w nawiązaniu do wezwania do uzupełnienia oferty z dnia 4 lutego 2014 r., w załączeniu przedkłada niezbędne dokumenty tj. uzupełniony wykaz

osób wyznaczonych do realizacji w/w zamówienia, w tym minimum jedną osobę z wykształceniem w zakresie żywienia/dietetyki, która posiada minimum 3-letnie doświadczenie w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitali, w tym dzieci w przedziale wiekowym od 0-18 lat. Wykonawca oświadczył, że dysponuje osobą spełniającą ten warunek tj. Panią A..... B..... (po ślubie: Ł.....), która posiada 4-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku dietetyk w Specjalistycznym Zespole Opieki Zdrowotnej Nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu przy ul. Krysiewicza 7/8 - w załączeniu dyplom osoby wskazanej.

Zamawiający pismem z dnia 12 lutego 2014 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołujących z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż w pkt. 6.2.4 SIWZ określił, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że dysponują minimum jedną osobą w zakresie żywienia/dietetyki, która posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitali, w tym dzieci w przedziale wiekowym od 0-18 lat. Wykonawca, wzywany do uzupełnienia dokumentów oświadczył, że dysponuje osobą spełniającą ten warunek, posiadającą 4-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku dietetyk w Jednostce Zamawiającego. Nie możemy uznać tego warunku za spełniony, ponieważ praca na stanowisku dietetyka w Szpitalu nie polegała na bezpośrednim uczestniczeniu w przygotowywaniu posiłków dla pacjentów, czy ustalaniu poszczególnych diet specjalistycznych, lecz tylko na ich zamawianiu w firmie cateringowej i podawaniu pacjentom. Zamawiający nie posiada od wielu lat kuchni, w której są przygotowywane posiłki dla osób hospitalizowanych, zatem osoba wskazana nie posiada doświadczenia w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitali.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

Izba na wstępie dokonanych ustaleń na marginesie uznała za zasadne odniesienie się do kwestii obowiązku Zamawiającego wynikającego z treści art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

Na wstępie odnosząc się do wskazanej przez Zamawiającego podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba zauważa, że Zamawiający w opisie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawarł wymogu odnoszącego się do „*bezpośredniego uczestnictwa w przygotowaniu posiłków dla pacjentów*”.

Należy zdecydowanie podkreślić, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane dla wykonawcy. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania podejmując decyzję o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez przyzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. Niedopuszczalnym jest w opinii Izby interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie.

Ponadto – co zostało już potwierdzone w orzecznictwie - jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że co do spornych wymagań jeśli Zamawiający chciał aby wykonawca wykazał się „*bezpośrednim uczestnictwem w przygotowaniu posiłków dla pacjentów*”, to należało powyższe odpowiednio sformułować w SIWZ. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Zamawiającego – wskazującego że istotnym był opis przedmiotu zamówienia. Skoro intencją Zamawiającego było wymaganie dotyczące „*bezpośredniego uczestnictwa w przygotowaniu posiłków dla pacjentów*” to nie ulega wątpliwości, że Zamawiający powinien powyższe w sposób dostateczny i precyzyjny wyartykułować w SIWZ. Wykonawcy powyższego wymagania nie musieli w żaden sposób domniemywać. Jak słusznie podkreślił Odwołujący z żadnego dokumentu w specyfikacji nie



wynikało - wbrew temu co twierdził Zamawiający – o jakie konkretne czynności chodziło. Zatem każda zwyczajowa czynność dietetyka mogła potwierdzać spełnianie warunku. Zamawiający nie wymienił określonych czynności, ich rodzajów i a jeśli jego intencje były inne to mógł powyższe w sposób jasny i klarowny zamieścić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po drugie Zamawiający na rozprawie podnosił, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia postawionego warunku również z uwagi na to, że wskazana w wykazie osoba - Pani Anna Białas - nie ma doświadczenia w żywieniu pacjentów powyżej 18 roku życia.

Należy zauważyć, że Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy wskazał, że wykonawca, wzywany do uzupełnienia dokumentów oświadczył, że dysponuje osobą spełniającą ten warunek, posiadającą 4-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku dietetyk w Jednostce Zamawiającego. Stwierdził następnie, że nie może uznać tego warunku za spełniony, ponieważ praca na stanowisku dietetyka w Szpitalu nie polegała na bezpośrednim uczestniczeniu w przygotowywaniu posiłków dla pacjentów, czy ustalaniu poszczególnych diet specjalistycznych, lecz tylko na ich zamawianiu w firmie cateringowej i podawaniu pacjentom. Zamawiający dodał, iż nie posiada od wielu lat kuchni, w której są przygotowywane posiłki dla osób hospitalizowanych, zatem osoba wskazana nie posiada doświadczenia w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitali.

W ocenie Izby podstawa uzasadnienia wykluczenia wykonawcy, była na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że nie wskazywała – wbrew temu co twierdził Zamawiający - uzasadnienia wykluczenia Odwołującego, z uwagi na brak doświadczenia w żywieniu pacjentów powyżej 18 roku życia. W ocenie Izby twierdzenia Zamawiającego, że wykonawca nie wykazał, iż posiada doświadczenie w żywieniu pacjentów również powyżej 18 roku życia, powinny znaleźć swoje wyraźne odzwierciedlenie w podstawie wykluczenia wykonawcy, tak aby wnosząc środek ochrony prawnej wykonawca posiadał pełną wiedzę, co podstaw jego wykluczenia.

Izba wskazuje, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Lakoniczność uzasadnienia, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie

znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się Zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez Zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na Zamawiającym. Izba podziela zatem w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zatem Izba dokonała oceny czynności Zamawiającego co do wykluczenia wykonawcy wyłącznie w oparciu o uzasadnienie i podstawę wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12 lutego 2014 r., nie odnosząc się do podstaw podniesionych w odpowiedzi na odwołanie oraz przywołanych przez Zamawiającego na rozprawie.

Po trzecie – w ocenie Izby – Zamawiający powołując się na złożone dowody – nie wykazał, że warunek przez niego postawiony – w zakresie całodziennego żywienia nie został przez wykonawcę wykazany. W ocenie Izby doświadczenie i zakres czynności wykonywanych przez wskazane przez Odwołującego osoby można było odczytać ze złożonego przez wykonawcę wykazu oraz oświadczenia Odwołującego z dnia 4 lutego 2014 r., iż *„w nawiązaniu do wezwania do uzupełnienia oferty w załączeniu wykonawca składa niezbędne dokumenty tj. uzupełniony wykaz osób wyznaczonych do realizacji w/w zamówienia, w tym minimum jedną osobę z wykształceniem w zakresie żywienia/dietetyki, która posiada minimum 3-letnie doświadczenie w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitali, w tym dzieci w przedziale wiekowym od 0-18 lat. Wykonawca oświadczył, że dysponuje osobą spełniającą ten warunek tj. Panią A..... B..... (po ślubie: Ł.....), która posiada 4-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku dietetyk w Specjalistycznym Zespole Opieki Zdrowotnej Nad Matką i Dzieckiem w Poznaniu przy ul. Kryśewicza 7/8 - w załączeniu dyplom osoby wskazanej”*.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający dokonuje oceny spełnienia postawionych wymagań w oparciu o oświadczenia i dokumenty wymagane w SIWZ należało uznać – uwzględniając uzupełnienie dokumentów – że wykonawca spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek, a wykluczenie wykonawcy na podstawie uzasadnienia z dnia 12 lutego 2014 r. nie znalazło potwierdzenia w przedstawionym przez strony materiale dowodowym.

Po czwarte na marginesie zasadnym wskazanie jest Zamawiającemu – za wyrokiem KIO z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1971/09 oraz KIO/UZP 1980/09 – iż *„(...) bezwzględny obowiązek Zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, jest zawsze dokładne opisanie dlaczego Zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie (...). Wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2009 r. nie zawiera enumeratywnie wymienionych braków w wykazie osób Odwołującego B. samo żądanie uzupełnienia, polega jedynie na przytoczeniu treści odnośnych wymagań zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, i to w sposób niepełny, ponieważ Zamawiający pominął przytoczenia ewidentnie niespełnionego w pierwszym spełnionym wykazie tego wykonawcy, warunku legitymowania się przez wymienione osoby minimum 3 letnim doświadczeniem zawodowym w danej dziedzinie. Wezwanie należy uznać za nieprecyzyjne, ograniczające się do wykazania sposobu spełniania wymagań, bez przywołania stosownego warunku udziału, dla którego zostały ustanowione. Bez względu na sposób odczytania tych wymagań i prawidłowości ich wypełnienie przez innych uczestników*

*tego postępowania, wykonawcy zawsze przysługuje uprawnienie, aby został wezwany do uzupełnienia wadliwego lub złożenia brakującego dokumentu, z grupy wskazanej w art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.”.*

Zatem w ocenie Izby wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów, musi być na tyle precyzyjne, aby wykonawca wiedział, w jakiej części nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału. Jak słusznie zauważył Odwołujący Zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia nie wskazał mu jaki błąd wykonawca popełnił i w jakim zakresie nie spełnia warunku Zamawiającego. W jego ocenie treść wezwania wskazywała na to, że wykonawca w ogóle nie złożył takiego dokumentu. Gdyby wykonawca wiedział - co według Zamawiającego jest nie tak i w jakim zakresie nie spełnia warunków, to w zależności od treści wezwania wykonawca złożyłby uzupełniony, bardziej precyzyjny załącznik albo mógłby wykazać się inną osobą na potwierdzenie postawionego warunku.

Niniejsza uwaga została poczyniona na marginesie, gdyż Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył uzupełniony wykaz wraz z oświadczeniem z dnia 4 lutego 2014 r., co Izba wzięła pod uwagę dokonując oceny postawionych zarzutów oraz argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego.

W konsekwencji wobec potwierdzenia się zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania - Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert a także unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Co do zarzutów Odwołującego dotyczących art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych oraz naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskazanych w art. 17 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 1b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych Izba wskazuje, iż w zakresie jej kompetencji nie leży orzekanie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

**Przewodniczący:**

.....