

WYROK
z dnia 31 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30.03.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Ochota Miasta Stołecznego Warszawy, 02-361 Warszawa, ul. Przemyska 11** protestu z dnia **18 lutego 2010 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

2. Kosztami postępowania obciąża Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Ochota Miasta Stołecznego Warszawy, 02-361 Warszawa, ul. Przemyska 11 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr.** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero)

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr.** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złotych zero groszy) przez **Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Ochota Miasta Stołecznego Warszawy, 02-361 Warszawa, ul. Przemyska 11** na rzecz **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 056 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysięcy pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Ochota Miasta Stołecznego Warszawy w trybie przetargu nieograniczonego na „*Przygotowanie i wydawanie obiadów dla podopiecznych Ośrodka Pomocy Społecznej Dzielnicy Ochota m.st. Warszawy (nr postępowania OPS-115-1/2010*”, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 stycznia 2010 r., poz. 19514, wobec czynności zamawiającego polegającej na czynności oceny ofert i wykluczeniu z postępowania ISS Facility Services Sp. z o.o. (odwołujący), w dniu 18 lutego 2010r. wykonawca ten wniósł protest do zamawiającego. Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 24 lutego 2010 r. oddalając go. Od takiego rozstrzygnięcia odwołujący wniósł w dniu 1 marca 2010 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

O czynnościach zamawiającego odwołujący został powiadomiony w dniu 11 lutego 2010 r. (podstawie wykluczenia z postępowania) oraz 16 lutego 2010 r. (wyborze oferty najkorzystniejszej).

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 41 pkt 7 ustawy PrZamPubl, do których doszło na skutek wykluczenia odwołującego z postępowania, w wyniku nadinterpretacji zapisów siwz – zmiany warunku po złożeniu ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania i powtórzenia czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący zakwestionował decyzję zamawiającego, który uznał, iż wykonawca nie załączył do oferty zgody właściciela lokalu na prowadzenie w nim przez wykonawcę działalności będącej przedmiotem zamówienia, co było wymagane w sytuacji, gdy obiekt nie stanowi własności wykonawcy (rozdział IV, pkt. 3.2 siwz). Odwołujący wskazał na umowę dzierżawy z dnia 11.12.2009 r. zawartą z Samodzielnym Publicznym Centralnym Szpitalem Klinicznym w Warszawie, która potwierdza dysponowanie lokalem w okresie obowiązywania umowy na żywienie podopiecznych OPS i zawiera zgodę właściciela lokalu na prowadzenie działalności gastronomicznej, co wypełnia warunek udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, wskazana umowa potwierdza dysponowanie lokalem, w którym może być świadczona usługa objęta przedmiotowym zamówieniem. Odwołujący wskazał na istotę umowy dzierżawy, jaką jest prawo do używania i pobierania pożytków z przedmiotu dzierżawy. Odwołał się do regulacji kodeksowej, z której nie wynika obowiązek dzierżawcy uzyskania zgody na wykonywanie umowy dzierżawy – w tym przypadku na świadczenie usług żywienia podopiecznych OPS Ochota. Zgoda taka byłaby wymagana wyłącznie w sytuacji zmiany przeznaczenia przedmiotu dzierżawy (art. 696 KC) oraz oddania przedmiotu dzierżawy osobie trzeciej do bezpłatnego używania lub poddzierżawiania (art. 698 § 1 KC), co nie będzie miało miejsca przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, iż obecnie wykorzystuje przedmiot dzierżawy w celu przygotowania posiłków dla kilkunastu odbiorców zewnętrznych, na co nie było konieczne uzyskiwanie jakichkolwiek pozwoleń. W ocenie odwołującego, zamawiający dokonał doprecyzowania warunku opisanego w siwz na etapie oceny ofert, wymagając od wykonawcy potwierdzenia uzyskania zgody właściciela lokalu udzielonej na OPS Dzielnicy Ochota m. st. Warszawy, w oparciu o zapis, z którego wynikała konieczność uzyskania zgody właściciela lokalu na prowadzenie w nim przez wykonawcę działalności będącej przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania wskazał na podstawę prawną z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl. W uzasadnieniu decyzji powołał się na wymóg określony w swiz posiadania zgody właściciela lokalu na prowadzenie w nim przez wykonawcę działalności będącej przedmiotem zamówienia, którego istotą jest przygotowanie i wydawanie obiadów dla podopiecznych Ośrodka Pomocy Społecznej Dzielnicy Ochota m. st. Warszawy. W ocenie zamawiającego, z postanowień umowy wynika ograniczenie zakresu prowadzenia działalności polegającej na usłudze całodobowego żywienia pacjentów szpitala (§ 2 umowy). Wprowadzenie do tych pomieszczeń innych użytkowników świadczeń kulinarnych, zdaniem zamawiającego mogłoby być uznane za

naruszenie umowy, a w konsekwencji jej zerwania. Odwołujący pomimo wezwania do uzupełnienia zgody wydierżawiającego na świadczenie w wydierżawionych pomieszczeniach usług żywieniowych dla osób spoza kręgu pacjentów szpitala, nie złożył stosownego dokumentu, przedstawiając zamawiającemu jedynie wyjaśnienia dotyczące przedstawionej umowy oraz swoje zastrzeżenia co do żądanej zgody.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Odwołujący posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, co pozbawiało wykonawcę możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przywrócenie oferty odwołującego w postępowaniu daje wykonawcy szansę na uzyskanie zamówienia w przypadku zaistnienia sytuacji określonej w art. 94 ust. 2 ustawy PrZamPubl.

W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba uznała, iż czynność polegająca na wykluczeniu odwołującego z postępowania naruszała art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl i na tej podstawie Izba uwzględniła odwołanie.

Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego uznał, iż wykonawca nie przedstawił zgody właściciela lokalu, wymaganej w części 4 pkt 3.2 siwz, który stanowił o obowiązku dołączenia „dowodu posiadania do dyspozycji lokalu. W przypadku obiektów nie będących własnością wykonawcy powinny to być umowy najmu, dzierżawy, leasingu lub umowy przedwstępne z właścicielem – w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego – obejmujące co najmniej okres obowiązywania umowy, oraz zgoda właściciela lokalu na prowadzenie w nim przez wykonawcę działalności będącej przedmiotem zamówienia”.

Izba uznała, iż zapis przywołanego punktu specyfikacji, nie wskazywał wprost na wymóg, aby zgoda właściciela lokalu została wyrażona w odniesieniu do usługi polegającej na przygotowaniu i wydawaniu obiadów dla podopiecznych ośrodka pomocy społecznej dzielnicy Ochota m.st. Warszawy. Literalne brzmienie zapisu wskazuje na wymaganie przedstawienia zgody właściciela na prowadzenie przez wykonawcę w lokalu działalności będącej przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia nie stanowi odmiennej, w stosunku do określonej w Polskiej Klasyfikacji Działalności, klasyfikacji działalności gospodarczej. Przedmiot zamówienia mieści się w grupowaniu według działu gastronomiczna działalność usługowa, dla której nie ma znaczenia rodzaj obiektu serwującego posiłki (zgodnie z zasadą grupowania w dziale 56 PKD). Zatem, zgoda właściciela lokalu na jego wykorzystanie w celu prowadzenia działalności gastronomicznej, była wystarczająca dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem

Izby umowa dzierżawy zawarta w dniu 11.12.2009 r. pomiędzy odwołującym i Samodzielnym Publicznym Centralnym Szpitalem Klinicznym, zawiera w § 2 ust. 3 zgodę właściciela na wykorzystanie pomieszczeń kuchni szpitalnej (opisanych w załączniku nr 1 do umowy), wymaganą w treści siwz. Zgodnie z tym postanowieniem, „Dzierżawca zobowiązany jest użytkować przedmiot dzierżawy jedynie w celu prowadzenia działalności gastronomicznej”. Zamieszczone w ustępie pierwszym tego paragrafu postanowienie o treści „Wydzierżawiający oddaje a Dzierżawca bierze w dzierżawę pomieszczenia opisane w § 1. z przeznaczeniem do prowadzenia w nich działalności polegającej usłudze całodobowego żywienia pacjentów szpitala zgodnie z umową DZP/270/166-513/09” nie może być odczytywane, jako ograniczenie prawa wykonawcy do używania przedmiotu zamówienia wyłącznie do całodobowego żywienia pacjentów szpitala. Stałoby to w sprzeczności z przywołanym ustępem trzecim par. 2 umowy. Izba uznała, iż zamawiający oceniając umowę przedstawioną przez odwołującego zastosował zapis siwz w sposób odmienny niż uczynił to w odniesieniu do umowy najmu załączonej do oferty wybranej. W odniesieniu do umowy drugiego wykonawcy zamawiający uznał postanowienie zawarte w par. 2 ust. 1 „Wynajmujący oświadcza, że oddaje Najemcy opisany wyżej przedmiot najmu do wykorzystania na cele zgodne z prowadzoną działalnością gospodarczą przedstawioną w wyciągu z ewidencji działalności gospodarczej z dnia 06.01.2010 roku”, za wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w tym posiadania zgody właściciela lokalu. Skoro zamawiający nie wymagał przedstawienia dodatkowej zgody właściciela lokalu, od wybranego wykonawcy, to skierowanie takiego żądania do odwołującego stanowiło o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców, prowadzące do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Umowy załączone przez obu wykonawców wskazywały ogólnie na prawo do użytkowania lokali zgodnie z ich przeznaczeniem odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Skoro zamawiający uznał, iż umowa najmu zawiera zgodę właściciela lokalu na prowadzenie działalności stanowiącej przedmiot zamówienia, to w taki sam sposób winien odnieść się do umowy dzierżawy przedstawionej przez odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie i orzekła jak w sentencji. Ponieważ cena nie stanowiła jedyne kryterium oceny ofert, zaproponowanie wyższej ceny przez odwołującego nie oznacza, iż oferta ta nie może być najkorzystniejsza. W związku z powyższym, Izba uwzględniając odwołanie nakazała unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Adama Dziubińskiego i zobowiązała zamawiającego do ponownej oceny obu ofert według kryteriów ustalonych w siwz.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....