

**Sygn. akt: KIO 2629/13**

**WYROK**  
**z dnia 26 listopada 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pralnia Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ulicy Aleja Wincentego Witosa 26, 45-418 Opole (Pełnomocnik); DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chory w Rybniku z siedzibą w Rybniku przy ulicy Gliwickiej 33, 44-201 Rybnik

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pralnia Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ulicy Aleja Wincentego Witosa 26, 45-418 Opole (Pełnomocnik); DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i 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 zamówienie Pralnia Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ulicy Aleja Wincentego Witosa 26, 45-418 Opole (Pełnomocnik); DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach 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 2010 r. 113, poz. 759 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 Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chory w Rybniku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Usługi pralnicze* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 sierpnia 2013 roku pod numerem 2013/S 150-261217.

31 października 2013 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”)

12 listopada 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy wnosi odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności tj. dokonania wykluczenia Odwołującego i zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą przez Zamawiającego

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 Ustawy, Odwołujący wskazał, że odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowaniu, polegających na naruszeniu:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez bezpodstawne uznanie, iż oferta Odwołującego podlegała ponownemu badaniu, uznanie, iż Odwołujący podał nieprawdziwe informacje oraz bezpodstawne wskazanie, iż miało to wpływ na wynik postępowania,
- art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- art. 186 ust. 3 ustawy przez nie powtórzenie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy tj. TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie pomimo, iż treść oferty była niezgodna z SIWZ,
- art. 87 ust 1 ustawy przez prowadzenie negocjacji dotyczących treści złożonej oferty,
- art. 91 ust. 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- zaniechanie wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy
- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- odrzucenia oferty TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy ze względu na niezgodność treści oferty z treścią załącznika nr 1, stanowiącego Formularz oferty,
- wybór oferty Odwołującego.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w sposób bezsporny, gdyż Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji zamówienia publicznego na skutek wadliwie dokonanych przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert oraz nieprawidłowo zastosowanego art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy przez dokonanie bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego oraz art. 87 ust 1 ustawy przez doprowadzenie do sytuacji, w której doszło do faktycznego negocjowania treści oferty. Interes prawny Odwołującego wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ jego oferta jest ważna i nie podlegała odrzuceniu, a w przypadku uwzględnienia odwołania jest ofertą najkorzystniejszą. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkody) w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków. Ponadto szkoda jakiej może doznać Odwołujący będzie wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił stanowisko:

Zamawiający 31 października 2013 roku zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. ul. Płk. S. Dąbka 16, 30-732 Kraków. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający 31 października 2013 roku dokonywał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż wcześniej działając w oparciu o art. 186 ust. 3 ustawy uznał odwołanie, złożone przez Odwołującego 30 września 2013 roku, w którym to odwołaniu jako wniosek zostało sformułowane żądanie odrzucenia oferty TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze

względu na niezgodność treści oferty z treścią załącznika nr 1, stanowiącego Formularz oferty. Pomimo uznania odwołania, a więc przyznania, że istnieją przesłanki do odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. Nadto Zamawiający ponownie dokonał badania oferty Odwołującego pomimo, iż wcześniej uznał, iż oferta jest prawidłowa, a Wykonawca nie podlega wykluczeniu. Odwołujący wskazał, iż przy dokonywaniu badania ofert Zamawiający nie był uprawniony do ponownego badania oferty Odwołującego, gdyż wobec niego decyzja Zamawiającego związana z pierwszym wyborem z 19 września 2013 roku „uprawomocniła się”. Podobne stanowisko zajęło KIO w wyroku o sygn. akt 2210/12 wskazując, iż „W ocenie izby za nieuprawnione należy uznać stanowisko, iż skutki wniesienia środków ochrony prawnej odnoszą się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu”. Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi, że nie zachodzą przesłanki zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż nie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia w Rozdziale VI pkt 1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wskazał jedynie, że Wykonawcy mają posiadać wiedzę i doświadczenie. W Rozdziale VI pkt 2 SIWZ wskazał „opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu” tzn., że ocena spełnienia warunku nastąpi na podstawie wykazu, w którym Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, zamówienia/zamówienia polegające na świadczeniu usług pralniczych o łącznej wartości minimalnej brutto 500 000,00 PLN w skali roku, obejmujące co najmniej usługi prania wodnego, w tym jedna usługa tożsama z usługą Zamawiającego, pranie i dzierżawę oraz transport z podaniem rodzaju usług, wartości oraz daty i miejsca wykonania, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 6 do SIWZ. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Podkreślenia wymaga fakt, iż zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w § 1 ust. 1 ustawodawca wskazuje, że dokumentów Zamawiający może żądać jedynie „w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu”, przy czym od dawna w orzecznictwie jest ugruntowane stanowisko, iż obowiązkiem Zamawiającego jest najpierw zdefiniować warunek, a dopiero potem możliwym jest żądanie dokumentów na potwierdzenie jego spełnienia. W analizowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu inaczej niż przez wskazanie, że Wykonawca

„posiada wiedzę i doświadczenie”, a zatem w skutek braku zdefiniowania warunku udziału w postępowaniu w ogóle brak podstaw do żądania wykazu, w którym zostaną określone konkretne wartości czy też czynności związane z przedmiotem zamówienia. Mając na względzie powyższe, każdy wykaz z którego wynika, iż Wykonawca posiada szeroko rozumianą wiedzę i doświadczenie stanowi potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji niezależnie od treści zawartych w wykazie, Wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia. Odnosząc się do samego zarzutu nieprawdziwości informacji, wskazuję, iż przedłożony wykaz w istocie potwierdza spełnianie wymogu co do treści wykazu, na dowód czego przedkładam Umowę nr 58/U/pranie,dezynf.bielizny/ II/2012/13 z dnia 21.02.2013r., zawartą pomiędzy Specjalistycznym Szpitalem im. prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie a Konsorcjum, którego członkiem jest DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. Powyższa umowa obrazuje zakresu usługi określonej w pkt 1 wykazu. W § 1 ust. 2 umowy jednoznacznie wskazano, iż „powyższa usługa będzie obejmowała kompleksowy zakres czynności gwarantujący wykonywanie specjalistycznych usług pralniczych z dezynfekcją bielizny szpitalnej, gospodarką materiałową, transportem, rozładunkiem i załadunkiem do magazynów Zamawiającego. Usługa prania z dezynfekcją obejmować będzie również znakowanie bielizny szpitalnej w sposób uzgodniony z Zamawiającym, maglowanie, prasowanie i wszelkie czynności naprawcze, w tym szwalnicze oraz zakup nowej bielizny celem zapewnienia ciągłości dostaw bielizny szpitalnej dla Zamawiającego. W § 2 szczegółowo wskazano w jakich ilościach i asortymencie Wykonawca ma zakupić bieliznę celem realizacji umowy. W § 3 ust. 2 umowy sformułowano następujący obowiązek Wykonawcy: „W ramach ceny usługi Wykonawca jest zobowiązany uzupełniać stany bielizny szpitalnej i gabarytów odpowiednio do poziomu zabezpieczającego ciągłe wykonywanie usługi - dostaw czystej bielizny szpitalnej do szpitala Zamawiającego przez cały okres trwania umowy. W/w uzupełnienia będą w dacie rozwiązywania umowy stanowić własność Wykonawcy i winny posiadać parametry funkcjonalno -użytkowe odpowiednie do używania w warunkach szpitalnych zgodnie z przeznaczeniem producenta wyrobów.” Dalej w § 3 ust. 6 zapisano, iż Wykonawca będzie dostarczać pełen asortyment „czystej” bielizny w ilości zapewniającej ciągłość funkcjonowania komórek organizacyjnych szpitala (...) W § 11 wpisano następujące postanowienia umowne: „1. Strony umowy przeprowadzą wspólnie inwentaryzację zdawczo-odbiorczą bielizny szpitalnej Zamawiającego na dzień rozpoczęcia świadczenia usługi i zakończenia usługi objętej przedmiotem umowy. 2. Przekazanie Zamawiającemu bielizny szpitalnej zakupionej przez Wykonawcę na potrzeby realizacji niniejszej umowy nastąpi w oparciu o cenę jednostkową 1 zł/szt. Bez względu na asortyment, po rozwiązaniu niniejszej umowy”. Z przytoczonych

zapisów umownych jednoznacznie wynika, iż Wykonawca w ramach umowy obowiązany był do nabycia bielizny, która przez cały okres obowiązywania umowy stanowiła jego własność i dopiero po zakończeniu umowy miała zostać odsprzedana Zamawiającemu. Powyższe jednoznacznie wskazuje na okoliczność, iż korzystanie z bielizny przez Zamawiającego w okresie obowiązywania umowy odbywało się na zasadzie dzierżawy. W świetle przytoczonych fragmentów umowy dotyczących przedmiotu zamówienia zarzut podania nieprawdziwych informacji jest całkowicie bezpodstawny.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień przedłożył z ostrożności nowy wykaz wykonanych usług uzupełniając go o poz. 3 tj. usługę wykonywaną na rzecz Szpitalnego Centrum Medycznego w Goleniowie wraz z referencjami oraz umową najmu bielizny. Usługa ta miała wartość ponad 500 000 zł za cały trzyletni okres realizacji, odpowiadała jednak postanowieniom, co do wymaganej treści wykazu, w którym miały znaleźć się zamówienie/zamówienia polegające na świadczeniu usług pralniczych o łącznej wartości 500 000,00 zł, obejmujące wspólnie co najmniej usługi prania wodnego w tym jedna usługa miała być tożsama z usługą Zamawiającego. W wykazie przedłożonym przez Odwołującego znajdowały się 3 pozycje znacząco przekraczające rocznie wymagany próg 500 000,00 zł, z czego dwie były tożsame z usługą Zamawiającego, przy czym nawet jeżeli Zamawiający bezpodstawnie poddaje w wątpliwość zakres zamówienia wykonywanego dla Szpitala w Szczecinie, to i tak usługa dla Szpitala w Goleniowie stanowi jedną z usług, która ma być tożsama z usługą Zamawiającego. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, iż Zamawiający nie postawił warunku udziału w postępowaniu w zakresie „dzierżawy”, Odwołujący w istocie wypełnił żądania, co do treści wykazu, co potwierdza treść umowy ze Specjalistycznym Szpitalem im. prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie, Odwołujący udowodnił, iż gdyby warunek udziału w postępowaniu był postawiony skutecznie spełniałby go, chociażby przez świadczenie usługi wraz z najmem bielizny na rzecz szpitala w Goleniowie. Jednocześnie wskazuję, iż Zamawiający nawet jeżeli podjął wątpliwość co do spełniania przez Odwołującego warunku, którego nie postawił winien był w pierwszej kolejności wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy. W świetle przedstawionego stanu faktycznego należy jednoznacznie stwierdzić, iż Odwołujący nie podał nieprawdziwych informacji, a już z całą pewnością podane informacje nie miały wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

W zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej przytaczam w całości argumentację zawartą w poprzednim odwołaniu oraz wskazuję, iż Zamawiający naruszył art. 186 ust 3 ustawy uwzględniając odwołanie i nie wykonując czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający w załączniku nr 2 zatytułowanym Oferta, stanowiącym załącznik do SIWZ wpisał sformułowanie: „Oferujemy ulgę PFRON w wysokości co najmniej .... % tj.

...zł”. Wybrany Wykonawca TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie złożył Ofertę na druku wymaganym przez Zamawiającego, dokonując odręcznych poprawek polegających na wykreśleniu słów „co najmniej” i zastąpieniu ich sformułowaniem „Oferujemy ulgę PFRON w wysokości do 20% tj. ...PLN”. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż Wykonawca nie spełnił wymogów Zamawiającego tj. nie zaoferował określonej ulgi PFRON zarówno poprzez wskazanie minimalnej wysokości procentowej ulgi jak i podaniu jej wysokości. Zamawiający pomimo, iż treść oferty nie budziła wątpliwości dokonał wezwania do wyjaśnienia oferty. Wybrany Wykonawca dokonał w dniu 16.09.2013r. uzupełnienia oferty, przez wskazanie minimalnej wielkości procentowej ulgi PFRON tj. 4,5 %. Nie podał przy tym wymaganej SIWZ wielkości kwotowej. Wykonawca wyjaśnił także, iż „Wpis, że oferujemy ulgę PFRON w wysokości do 20 % oznacza, że w przypadku możliwości udzielenia ulgi wyższej niż 4,5 % taka ulga zostanie Zamawiającemu zaoferowana, jednak nie więcej niż 20 %. Brak deklaracji wyrażonej w PLN wynika z faktu, że na tym etapie nie można określić kwoty faktur lub też całkowitej wartości zamówienia przez okres 36 miesięcy. Z doświadczenia wiemy, że będą to kwoty zmienne.” Mając na względzie, iż dyspozycja art. 87 ust. 1 ustawy jednoznacznie zakazuje prowadzenia negocjacji co do treści oferty czynność uzupełnienia oferty w tym przypadku o nową treść stanowi rażące naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. Wykonawca przez złożenie wyjaśnień w istocie zmienił treść oferty. Podając zupełnie nową wartość procentową 4,5 % jako wartość minimalną ulgi PFRON, którą gwarantuje Zamawiającemu. Zaznaczyć należy, iż wartość ta nigdy nie pojawiła się w ofercie Wybranego Wykonawcy, a jej sprecyzowanie nastąpiło przez uzupełnienie treści oferty w wyniku odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień. Niezrozumiałym jest w kontekście przepisów art. 2 pkt. 6, art. 2a ust. 1, art. 3 ust. 1, art. 21, art. 22 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.) oferowanie ulgi maksymalnej. Ta bowiem jest automatyzmem wynikającym z prawa i jest zależna od ilości zatrudnianych pracowników niepełnosprawnych. Złożenie w ofercie deklaracji, iż ulga PFRON nigdy nie przekroczy 20 % jest w swojej treści deklaracją, iż Wykonawca nie zwiększy zatrudnienia osób niepełnosprawnych powyżej pewnego poziomu. Taka oferta z punktu celu jakiego ma służyć ulga PFRON oraz celu jakim Zamawiający zamieścił jako kryterium oceny ofert wysokość tej ulgi stanowi sprzeczność ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa do ulgi PFRON oraz wręcz narusza prawo unijne, które jako priorytet określa podejmowanie działań zmierzających do aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych. Wprowadzenie w Formularz oferty określenia „do 20 %” było przez Wybranego Wykonawcę dokonane jedynie na potrzeby porównania ofert, gdyż Zamawiający w kryterium oceny ofert, wskazał iż za ulgę do 20 % będzie przyznawał 5 pkt.

Jednakże ofertę składa się nie w celu dokonywania jej badania lecz w celu zaoferowania wykonania zamówienia na określonych warunkach przy zachowaniu określonych stawek. Sformułowanie „do 20 %” jest w swej treści diametralnie odmienne od określenia „co najmniej 4,5 %”, które nigdy w ofercie Wybranego Wykonawcy nie zostało sformułowane. Oferta nie posiadała więc wymaganych essentialia negotii, a zatem nie stanowiła oferty w rozumieniu art. 66 k.c. W tym stanie rzeczy oferta Wybranego Wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1pkt 2 ustawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem wniesionego w dniu 12 listopada 2013 roku odwołania a także Izba ustaliła, że została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego przedstawione w złożonym piśmie Zamawiającego z 21 listopada 2013 roku (wpływ – 25 listopada 2013 roku) *Odpowiedź Zamawiającego na*



*odwołanie*, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez w związku z uznaniem przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlegała ponownemu badaniu, uznanie, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje oraz bezpodstawne wskazanie, że miało to wpływ na wynik postępowania oraz naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, Izba uznała za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ w rozdziale VI pkt 2 – *opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu* - ppkt b – *Posiadania wiedzy i doświadczenia* podał : *ocena spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu zostanie dokonana na zasadzie spełnia / niespełna na podstawie złożonego w ofercie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie dołączonego do oferty wykazu, w którym Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, zamówienia/zamówienia polegające na świadczeniu usług pralniczych o łącznej wartości minimalnej brutto 500 000,00 PLN w skali roku, obejmujące co najmniej usługi prania wodnego, w tym jedna usługa tożsama z usługą Zamawiającego, pranie i dzierżawę oraz transport z podaniem rodzaju usług, wartości oraz daty i miejsca wykonania, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 6 do SIWZ. Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie*.

Odwołujący w ofercie zamieścił wykaz zgodny z załącznikiem nr 6 do SIWZ, w którym wskazał dwie usługi realizowane na rzecz: Specjalistycznego Szpitala im. Prof. Alfreda

Sokołowskiego w Szczecinie (1) oraz Publicznego Samodzielnego Zakładu Opieki zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w Opolu (2). Odwołujący załączył dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. W wykazie w kolumnie *Opis potwierdzający spełnienie warunku opisanego w SIWZ / przedmiot zamówienia* dla wskazane pierwszej usługi (1) Odwołujący zawarł następujący opis: *Kompleksowe usługi pralnicze. Usługa prania z pełnym wykończeniem i napraw bielizny i ubrań szpitalnych, prania i dezynfekcji bielizny i gabarytów oraz usługa rentalu bielizny, ubrań i gabarytów. Wykonywanie specjalistycznych usług pralniczych z dezynfekcją bielizny szpitalnej, jej znakowaniem, naprawą, maglowaniem, prasowaniem, gospodarką materiałową oraz transportem, rozładunkiem i załadunkiem do magazynów Zamawiającego oraz najem pościeli i bielizny szpitalnej, czyszczenie chemiczne (np. asortymentu nienadającego się do prania wodnego).* W dokumencie z 13 maja 2013 roku zatytułowanym *Opinia* wydanym przez Specjalistyczny Szpitala im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie (1) *Dyrekcja Specjalistycznego Szpitala im. Prof. Alfreda Sokołowskiego potwierdza, że firma DGP Dozorbud Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, świadczy dla szpitala usługę prania i dezynfekcji bielizny szpitalnej od sierpnia 2008 r.*

W ocenie Izby postępowanie Zamawiającego było uprawnione a czynności dokonane przez Zamawiającego są prawidłowe i zgodne z obowiązującymi przepisami. Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku, gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania może mieć charakter bezpośredni, gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni, gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 706/11). Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn.

akt: KIO 1223/09). Izba wskazuje, że oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09).

Podkreślić należy, że zgodnie z przeważającym orzecznictwem sądowym i KIO nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozróżnia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1778/09 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09).

W prawodawstwie europejskim (Dyrektywa 2004/18/WE - art. 45 ust. 2 lit. g) nakazuje się wykluczenie wykonawcy, jeżeli „*jest winny poważnego wprowadzenia w błąd*” a zastosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie można przeciwstawić przepisu dyrektywy. Treść dyrektywy pozwoliła Państwu Członkowskiemu na implementację przepisów i ich uregulowanie w prawie krajowym przez określenie warunków wykonania postanowień dyrektywy. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą wykluczenia jest złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania*).

Zaznaczyć należy również, co jest niesporne w orzecznictwie, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy, ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia innych informacji. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, określony w ustawie w art. 26 ust. 3, stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 801/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011r. sygn. akt: KIO 706/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009r. sygn. akt: KIO 1778/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009r. sygn. akt: KIO 1223/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009r. sygn. akt: KIO 1004/09;).

Izba ustaliła, że pismem z 16 września 2013 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy o złożenie wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów, bowiem ze złożonego przez Odwołującego załącznika nr 6 *Wykaz wykonanych lub nadal wykonywanych usług* oraz złączonych dokumentów nie wynika jednoznacznie, że świadczone usługi są tożsame z usługą Zamawiającego. W odpowiedzi Odwołujący pismem 18 września 2013 roku wyjaśnił, że usługa wskazana pod pozycją 1 (wykazu zawartego w ofercie) czyli usługa realizowana na rzecz Specjalistycznego Szpitala im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie jest *usługą tożsamą z usługą Zamawiającego tj. polega na świadczeniu kompleksowej usługi prania z dezynfekcją bielizny szpitalnej, transportem, rozładunkiem i załadunkiem do magazynów Zamawiającego oraz rentalem (tj. inaczej mówiąc dzierżawą bądź najmem) pościeli i bielizny szpitalnej*. Jednocześnie, w tym samym piśmie, Odwołujący przedstawił jeszcze jedną usługę realizowaną na rzecz Szpitalnego centrum Medycznego w Goleniowie Sp. z o.o. (załączając „nowy wykaz usług” oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dodatkowo wskazanej usługi).

Pismem z 23 października 2013 roku, Zamawiający zwrócił się do Specjalistycznego Szpitala im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie, zgodnie z ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający być składane, o potwierdzenie wystawionej w dniu 13 maja 2013 roku opinii dla firmy DGP DOZORBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, a w szczególności wskazanie czy w/w firma świadczyła (...) wraz z praniem usługę dzierżawy bielizny szpitalnej (pościel szpitalna)*.

W odpowiedzi Specjalistyczny Szpital im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie poinformował pismem z 29 października 2013 roku: *Firma DGP Dozorbud nie świadczyła usługi rentalu oraz najmu pościeli i bielizny szpitalnej*.

Informacje zawarte w ofercie Odwołującego oraz uzyskane przez Zamawiającego na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego nie odpowiadają faktom ustalonym przez Zamawiającego w dalszym toku badania oferty – tym samym została wypełniona pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy. Badając spełnienie przesłanki wpływu informacji na wynik postępowania Izba wskazuje, że Zamawiający dokonując oceny badania ofert w pierwszej kolejności zobowiązany jest do oceny wykazanego przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym miejscu Zamawiający stwierdza czy informacje jakie zostały złożone są nieprawdziwe a następnie czy wykonawca spełnia opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunki udziału w postępowaniu. Niesporne w orzecznictwie KIO jest, że przy stwierdzeniu złożenia nieprawdziwych informacji

w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca potwierdził w innym miejscu spełnienie tego warunku, nie podlega on wykluczeniu (potwierdza taki stan rzeczy powołany przez Zamawiającego na rozprawie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 roku o sygn. akt XXIII Ga 416/11). Jednakże jeżeli na tym etapie weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało złożenie nieprawdziwych informacji a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach) to wykonawca podlega wykluczeniu i niemożliwym jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 ustawy nie wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu. Jednocześnie należy zaznaczyć, co niesporne jest w orzecznictwie, że Zamawiający nie dokonuje oceny dokumentów nadesłanych przez wykonawcę bez wezwania do ich uzupełnienia i nie uwzględnia ich przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta tego wykonawcy, z dwóch ofert złożonych w postępowaniu, zawierała niższą cenę a w drugim z kryteriów oceny ofert wykonawcy nie uzyskaliby punktów (0% nie jest upustem).

W rozpoznawanym stanie faktycznym w ofercie Odwołującego zostały złożone nieprawdziwe informacje, co zostało potwierdzone w złożonej przez Specjalistyczny Szpital im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie informacji, jednocześnie w ofercie tej nie znajdowały się dokumenty potwierdzające spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, dlatego też Zamawiający obowiązany był wykluczyć Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 3 ustawy przez nie powtórzenie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, Izba wskazuje, że odwołanie nie przysługiwałoby od czynności wykonanych zgodnie z żądaniami zawartymi w poprzednio złożonym odwołaniu, wśród których mieści się unieważnienie wyniku postępowania i dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Izba ustaliła, że Odwołujący wniósł 30 września 2013 roku odwołanie. Zamawiający pismem z 8 października 2013 roku uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 15 października 2013 roku wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (KIO 2324/13). Zamawiający uwzględniając odwołanie wskazał, że unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnił czynność wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy oraz dokona ponownego badania i oceny ofert. oraz poinformował wykonawców pismem z 23 października 2013 – *Zawiadomienie o*

*unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnieniu czynności wezwania wykonawcy TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy.*

W myśl art. 185 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy. Istotne w tej mierze sugestie, jakkolwiek dotyczące poprzedniego stanu prawnego (w odniesieniu do okresu, kiedy funkcjonował jeszcze protest jako środek ochrony prawnej) ale nie tracące na swej aktualności sformułowane zostały w postanowieniu Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 27 stycznia 2009 r. w spr. o sygn. 583/08: *„Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.09.2008 r. jest błędne. Stosownie do treści art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest dotyczy czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W doktrynie przeważa pogląd, iż odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp następuje wtedy, gdy Zamawiający podjął czynność, którą miał obowiązek wykonać zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a czynność ta była skonkretyzowana, np. nakazująca unieważnienie postępowania. Nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co nastąpiło w wyroku KIO z 10.07.2008 r., nie stanowiło wykonania skonkretyzowanej czynności, która ostatecznie mogłaby zakończyć postępowanie wywołane zamówieniem. Zamknięcie możliwości kontroli wyniku badania i oceny ofert, który jest następstwem czynności Zamawiającego, jest niezgodne z intencją przepisów ustawy Pzp. Gdyby przyjąć rozumowanie KIO, iż Zamawiający wykonał zalecenia składu orzekającego Izby, a mianowicie powtórzył czynność ponownego badania i oceny ofert, to poza kontrolą KIO, a następnie ewentualnie Sądu, byłby zawsze wynik tego ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający w wyniku takiego powtórnego badania i oceny ofert, będąc poza kontrolą, mógłby wybierać wykonawcę nie spełniającego SIWZ, bądź odrzucać oferty takich wykonawców, którzy spełnialiby obowiązki wynikające z SIWZ, a przecież nie taki jest cel ustawy przepisów Pzp. Art. 1 ustawy Pzp stanowi, że ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Przepis ten nie wyłącza kontroli udzielania zamówień publicznych w wyniku powtórnego badania i oceny ofert. Mając na względzie treść powyższych rozważań, Sąd Okręgowy uznał, iż odwołanie Skarżącego należało rozpoznać merytorycznie.”* Jak wynika z uzasadnienia nowelizacji do ustawy Prawo zamówień publicznych (Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy

Prawo zamówień publicznych) możliwość uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania stanowi instrument, który zastąpił protest (uwzględnienie w całości zarzutów w odwołaniu należy uznać za substytut obecnego protestu), co czyni aktualnymi ogólne zasady odnoszące się do protestu również w odniesieniu do instytucji uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Zakres przedmiotowego odwołania pozwalał uznać, iż odnosi się ono nie tylko do faktu ponowienia czynności zamawiającego ale także do czynności nie objętych uwzględnieniem, jak wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Odwołujący widać stoi na stanowisku, iż Zamawiający uwzględniając odwołanie obowiązany jest wykonać wszystkie żądania zawarte w odwołaniu, w taki sposób i w takim zakresie, jaki został wyartykułowany w odwołaniu, niezależnie od innych okoliczności, w tym czy znajdują one uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa, ustalonym stanie faktycznym czy zmienionych okolicznościach. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy, odwołanie powinno min. określać żądanie odwołującego w odniesieniu do kwestionowanej czynności. Analogicznie, przepis § 4 ust. 1 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Dz.U.10.48.280*, stanowi natomiast, że odwołanie zawiera min. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy; przedstawienie zarzutów; żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. W myśl art. 186 ust. 2 i 3 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 - jeśli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, albo wykonawca, który przystąpił nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepisy ustawy nie dają Krajowej Izbie Odwoławczej możliwości kontrolowania dyspozytywnych oświadczeń stron o cofnięciu odwołania lub uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, pod kątem ich zgodności z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego czy też tego, czy zmierzają one do obejścia prawa. W postępowaniu odwoławczym nie stosuje się art. 203 § 4 ani art. 213 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, w konsekwencji oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego. Przytoczone wyżej przepisy wyraźnie wskazują, że zakres wydanego orzeczenia przez Krajową Izbę, a także wykonania przez Zamawiającego żądań zawartych w odwołaniu są następstwem zakresu odwołania –

podniesionych w nim zarzutów. Ponadto, w ustawie Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, w tym odwołanie, zostały skonstruowane w ten sposób, że kontrola decyzji Zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej następuje na żądanie zainteresowanego podmiotu wyrażone w odpowiedniej formie [odwołanie], uprawnionego do wnoszenia odwołania i wyposażonego w interes w uzyskaniu danego zamówienia, który zarazem poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, zaś rozpoznanie odwołania oraz zakres jego uwzględnienia jest następstwem postawionych w konkretnej sytuacji zarzutów. Zawarte w odwołaniu żądania są zatem sprzężone z postawionymi zarzutami, nie mogą pozostawać obok tych zarzutów czy być z nimi sprzeczne bądź im nieodpowiadające. Żądania sformułowane w odwołaniu należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi - wszakże o możliwości uwzględnienia odwołania w rozumieniu art. 191 ust. 2 ustawy decyduje wpływ naruszenia na wynik postępowania.

Zamawiający jest związany dyspozytywną czynnością uwzględnienia zarzutów odwołania, to winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne w ustalonym stanie faktycznym. Jakkolwiek bowiem czynności Zamawiającego są czynnościami zmierzającymi do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to czynności te nie są pozostawione pełnej swobodzie i niezależności podmiotu jakim jest Zamawiający, charakterystycznej dla sfery stosunków cywilnoprawnych. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględnym charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązującego do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyrażona w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy to nie przepisy, których zastosowanie pozostawiono uznaniu Zamawiającego, to przepisy bezwzględnie obowiązujące, obwarowane sankcjami z zakresu dyscypliny finansów publicznych a niejednokrotnie również prawa karnego. Zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałoby to dotyczyć wykluczenia wykonawcy, co do którego przepisy enumeratywnie



wyznaczają podstawy tej czynności. Ponadto, jeśli żądanie zawarte w odwołaniu obejmuje wachlarz czynności, takich jak unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert lub wniosków i wreszcie czynność będącą następstwem tego badania i oceny – jej reasumpcją, jak przykładowo odrzucenie ofert czy wykluczenie wykonawców z postępowania, to uwzględnienie tak postawionego żądania musi być rozpatrywane w kontekście okoliczności, że nie są decyzje to samodzielne, oderwane od pozostałych czynności postępowania, ale czynności będące wynikiem badania i oceny ofert. Jeśli zatem postawione żądanie obejmuje ponowne badanie i ocenę ofert, to żądanie to z istoty zawiera w sobie element nieznaną i nieprzewidywalny co do skutku, w tym skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy czy wykluczenia z postępowania. Może się bowiem zdarzyć, że w trakcie ponownego badania i oceny ofert, pewne żądania zdezaktualizują się, nie będą wykonalne z powodów obiektywnych, czy też nie będą czyniły zadość interesowi Zamawiającego, a przez to nie będą służyć celowi publicznemu jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej dla wykonania zadania publicznego i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Równoczesne żądanie badania i oceny ofert oraz żądanie wyniku tej oceny w postaci odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy może w konkretnej sytuacji być żądaniem niemożliwym do jednoczesnego zrealizowania, zakłada bowiem przesądzenie wyniku żądanej oceny, co czyniłoby uwzględnienie takich żądań iluzorycznym i mogłoby doprowadzić do stanu niezgodnego z prawem, w tym dokonania czynności literalnie zgodnych z żądaniem, ale w sposób oczywisty sprzecznych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i ustaleniami poczynionymi w toku ponownej oceny ofert lub wniosków. Czynność ponownego badania i oceny ofert dokonywana w kontekście podnoszonych w danej sytuacji zarzutów z istoty nie może obejmować wyniku tej oceny, skoro ten zależy od oceny dokumentów, i na etapie badania i oceny ofert nie jest, i nie może być jeszcze znany i przesądzony. W tym kontekście, jednoczesne żądanie ponownego badania i oceny ofert oraz żądanie konkretnego wyniku tej oceny musi być rozpatrywane przez pryzmat charakteru tych czynności. Postawienie tego rodzaju żądań łącznie, w konkretnej sytuacji skutkować musi obiektywną lub prawną niewykonalnością żądania konkretnego wyniku oceny ofert lub nawet niedopuszczalnością jego wykonania. W tym kontekście, żądanie odnoszące się do wyniku badania i oceny ofert musi być traktowane z uwzględnieniem nieznanego i nieprzewidywanego jego wyniku, w przeciwnym bowiem wypadku przeczyłoby istocie i celowi równoległe postawionego wniosku odwołania (żądania) dotyczącego ponowienia czynności badania i oceny ofert. Uwzględnienie zarzutów odwołania nie oznacza jeszcze nieograniczonego prawem i okolicznościami konkretnego stanu faktycznego obowiązku bezkrytycznego wykonania żądań w ich dosłownym kształcie, ale raczej skutkuje obowiązkiem oddania kierunku tych żądań wynikającego z treści uwzględnionych zarzutów.

Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, uwzględnienie dotyczy zarzutów a nie żądań odwołania, nie może zatem być rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do obowiązku wykonania żądań odwołania w oderwaniu od uzasadniających te żądania zarzutów. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi Odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Obowiązek wykonania żądań odwołania musi zatem być postrzegany przez pryzmat podniesionych w konkretnym postępowaniu (danym odwołaniu) zarzutów – te bowiem wyrażają intencje Odwołującego, dostrzeżone nieprawidłowości i zastrzeżenia wobec kwestionowanej czynności. Z przepisu art. 186 ust. 2 i 3 ustawy wynika zatem, że żądania są skorelowane z podniesionymi zarzutami, stanowią ich reasumpcję; taki sam wniosek płynie z analizy przepisów odnoszących się do zakresu orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy – jest związana w ramach orzekania zarzutami a nie żdaniami: nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przeciwnie rozumowanie oznaczałoby, że Zamawiający uwzględniając zarzuty obowiązany jest wykonać żądania niezależnie od ich prawnej dopuszczalności, jak i tego, czy pozostają w jakimkolwiek związku z podniesionymi i uwzględnionymi zarzutami.

W zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy tj. TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie pomimo, iż treść oferty była niezgodna z SIWZ oraz art. 87 ust. 1 ustawy, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że w rozdział IV SIWZ – *Opis kryteriów, ich znaczenie oraz sposób oceny*:

- w punkcie 2: Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie się kierował kryterium ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia oraz zaoferowanej ulgi PEFRON,
- w punkcie 3 Zamawiający wskazał, że w kryterium ceny maksymalna ilość punktów jaką może otrzymać oferta wynosi 70 punktów (obliczona zgodnie ze wskazanym w SIWZ wzorem),
- w punkcie 4 Zamawiający wskazał, że maksymalna liczba punktów w kryterium wysokości zaoferowanej ulgi PEFRON wynosi 30 punktów (ulga w wysokości do 20 % odpisu miesięcznie: 5 pkt; ulga w wysokości od 21 % do 40 % odpisu miesięcznie: 10 pkt; ulga w

wysokości od 41 % do 60 % odpisu miesięcznie: 20 pkt; ulga w wysokości od 61 % w górę: 30 pkt).

W piśmie z 31 października 2013 roku – *Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty* Zamawiający wskazał, że wykonawcy TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przyznał 70 punktów – była to oferta najkorzystniejsza w postępowaniu i jedyna niepodlegająca odrzuceniu.

Wskazać należy, że zgodnie Zamawiający pismem z 8 października 2013 roku uwzględnił zarzuty odwołania z dnia 30 września 2013 roku w całości a uwzględniając odwołanie wskazał, że unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnił czynność wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy oraz dokona ponownego badania i oceny ofert oraz poinformował wykonawców pismem z 23 października 2013 – *Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty* – o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnieniu czynności wezwania wykonawcy TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy. Tym samym zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy jest bezprzedmiotowy.

Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, iż należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu

zamówienia lub innych ukształtowanych przez Zamawiającego i zawartych w SIWZ wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08).

Zamawiający wskazał w formularzu Oferta „Oferujemy ulgę PFRON w wysokości co najmniej ...% tj. ...zł” a wykonawca TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zawarł w formularzu Oferta następującą treść „Oferujemy ulgę PFRON w wysokości do 20% tj. ...zł”. Podanie przez wykonawców ulgi odnosiło się do podania informacji jaka stanowić miała podstawę przyznania punktów w danym kryterium oceny ofert. Wykonawcy mogli nie podać żadnej wartości albo podać wartość 0% (co uczynił Odwołujący) lub podać wartość oferowanej ulgi. Tym samym podanie przez TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wartości *do 20%*, które nie odpowiadało redakcji sformułowanego przez Zamawiającego punktu formularza Oferty zostało prawidłowo ocenione przez Zamawiającego i prawidłowo Zamawiający nie przyznał temu wykonawcy punktów w tym kryterium, co jednoznacznie wynika z pisma z 31 października 2013 roku. W ocenie Izby w tym przypadku nie ma mowy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jedynie należy wskazać, że wykonawca nie określił kryterium oceny jakim była ulga PEFRON.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Zamawiający dokonał wyboru oferty w oparciu o ukształtowane w SIWZ kryteria oceny ofert a wykonawcy wybranemu w postępowaniu przyznała 70 punktów (maksymalna wartość) w kryterium ceny, jednocześnie nie przyznając punktów w kryterium wysokości zaoferowanej ulgi PEFRON. Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....