

Sygn. akt: KIO 1078/11

WYROK
z dnia 6 czerwca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2011 roku przez Wykonawcę: **Aspen Res Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Specjalistyczne Centrum Medyczne w Polanicy Zdroju Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Polanicy Zdroju,**

przy udziale wykonawcy „**NIRO**” **Sp. z o.o. z siedzibą w Lubinie** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę: **Aspen Res Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **Aspen Res Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** 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. Nr 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 **Świdnicy**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu **23 maja 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na Elektroniczną Skrzynkę Podawczą wpłynęło odwołanie złożone na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r. , nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwaną dalej „ustawą Pzp” przez wykonawcę **Aspen Res Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego **Specjalistyczne Centrum Medyczne w Polanicy Zdroju Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej** w przedmiocie zamówienia na Żywienie pacjentów, pracowników i prowadzenie baru-kawiarni w Specjalistycznym Centrum Medycznym SP ZOZ w Polanicy Zdroju.

Numer ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich: 2011/S 44-072871 z 4 marca 2011 roku.

Zamawiającemu zarzucono:

- zaniechanie wykluczenia wykonawcy Niro sp. z o.o. (dalej: Niro),
- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Niro,
- dokonanie czynności wyboru oferty wykonawcy Niro

a więc naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Niro pomimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, tj. oświadczenia o realizacji usługi w systemie zintegrowanej normy ISO 22 000,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Niro pomimo niespełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, tj. niedysponowania przez Niro certyfikatem ISO 22 000,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Niro chociaż ta nie odpowiada SIWZ, z uwagi na fakt, że Niro nie dysponuje certyfikatem ISO 22 000,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Niro chociaż ta podlegała odrzuceniu, zaś wykonawca wykluczeniu.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Niro jako najkorzystniejszej,
- dokonanie czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenie Niro,
- odrzucenie oferty Niro,
- wybór oferty Aspen Res jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że przysługuje mu prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia (jego oferta jest

druga w kolejności w zakresie kryterium oceny ofert) i może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że Wykonawca Niro nie dysponuje certyfikatem ISO 22000 (na dowód czego przedstawił wydruk z dnia 20 maja 2011 r. ze strony internetowej Niro - strona główna/ informacje o firmie/ certyfikaty i wyróżnienia: <http://www.niro.com.pl/II.html>).

Podnosił, że w SIWZ (cz. IV) Zamawiający zastrzegł, że „wszystkie elementy wykonanej usługi muszą być zgodne z procedurami certyfikowanego systemu Analizy Ryzyka i Kontroli Punktów Krytycznych (Hazard Analysis and Critical Control Point (HACCP) w systemie zintegrowanej normy ISO 22000" (pkt 23). Zamawiający wymagał „przestrzegania zasad dobrej praktyki higienicznej oraz produkcyjnej - GHP, GMP wraz z prowadzeniem obowiązującej dokumentacji a wszystkie elementy wykonanej usługi muszą być zgodne z procedurami certyfikowanego systemu Analizy Ryzyka i Kontroli Punktów Krytycznych (Hazard Analysis and Critical Control Point (HACCP) w systemie zintegrowanej normy ISO 22000" (pkt 1).

W SIWZ (cz. VII) Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia wykonawcy, że „usługa będąca przedmiotem postępowania świadczona będzie zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami Sanepidu jak również wymogami HACCP".

W toku postępowania, pismem z dnia 5.05.2011 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał każdego z uczestników postępowania do przedłożenia oświadczenia, z którego miało m.in. wynikać, że usługa realizowana będzie w oparciu o zintegrowaną normę ISO 22000. Sankcją niedostarczenia oświadczenia miało być wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. Żaden z wykonawców nie złożył odwołania na w/w czynność Zamawiającego. W rezultacie, wymóg przedłożenia tego dokumentu stał się elementem stosunku prawnego łączącego strony postępowania przetargowego.

Obaj wykonawcy w terminie zadeklarowali zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego: „Oświadczamy, iż usługa świadczona będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami Sanepidu, procedurami certyfikowanego systemu Analizy Ryzyka i Kontroli punktów Krytycznych (Hazard Analysis and Critical Control Point -HACCP) w systemie zintegrowanej normy ISO 22 000." Aspen Res przedłożył nadto certyfikat ISO 22000.

Chociaż literalne brzmienie SIWZ nie odnosi się *expressis verbis* do wymogu złożenia oświadczenia odnoszącego się do zintegrowanej normy ISO 22000, należy wziąć pod uwagę, że interpretacja (powołanych wyżej) postanowień SIWZ prowadzona w oparciu o dyrektywy wykładni systemowej i teleologicznej, pozwala dojść do jednoznacznego wniosku, iż Zamawiający sformułował w SIWZ wymóg przedłożenia oświadczenia wskazującego na realizację usługi zgodnie z HACCP w systemie ISO 22000. Zgodnie z przepisami dotyczącymi

systemu zarządzania jakością, legitymować się wykonywaniem usług zgodnie wymaganiami systemu HACCP - Analizy Zagrożeń i Krytycznych Punktów Kontroli (Hazard Analysis and Critical Control Point) w ramach zintegrowanej normy ISO 22000 może wyłącznie podmiot posiadający ważny certyfikat wydany przez jednostkę certyfikującą. Zasady zarządzania jakością ISO wykluczają dopuszczalność złożenia przez zainteresowany podmiot, iż ten realizuje swoje usługi zgodnie z normami jakości ISO. Dla posłużenia się taką normą - co odnosi się również do składania deklaracji w ramach niniejszego postępowania w przedmiocie zamiaru realizacji usługi żywienia zgodnie z HACCP w systemie ISO 22 000 - konieczne jest uprzednie przejście przez wykonawcę przez audyt certyfikacyjny. Ten zaś przeprowadzany jest przez upoważnioną, niezależną, zewnętrzną, akredytowaną jednostkę certyfikującą. Dopiero ta jednostka uprawniona jest do tego, by w sposób obiektywny i niezależny potwierdzić (lub nie) spełnienie wymagań związanych z wdrożeniem systemu bezpieczeństwa żywności. Dysponowanie ważnym dokumentem ISO 22 000 jest zatem jedną z formalnych przesłanek złożenia oświadczenia o możliwości realizacji usługi w zgodności z normą jakości. Natomiast samo oświadczenie zainteresowanego podmiotu, że spełnia wszystkie warunki jakie nakładają na nią procedury i wymagania normy ISO 22 000 nie może zostać w takim stanie rzeczy uznane za wystarczające.

Wykonawca Niro nie dysponuje jednak certyfikatem ISO 22000. W takim stanie rzeczy Niro nie jest w stanie realizować usługi w oparciu o zintegrowaną normę ISO 22000. Nie dysponuje także możliwością złożenia - prawdziwego - oświadczenia o realizowaniu takiej usługi w przyszłości. Zamawiający ukształtował wymóg przedłożenia oświadczenia, wedle którego usługa realizowana będzie w oparciu o zintegrowaną normę ISO 22000, z jednej strony jako warunek uczestnictwa w postępowaniu przetargowym, zaś z drugiej jako warunek zgodności oferowanych usług z wymaganiami Zamawiającego. Posiadanie ISO jest także warunkiem należytej realizacji zamawianej przez Szpital usługi. Brak certyfikatu ISO 22000 uniemożliwia złożenie przez Niro przedmiotowego oświadczenia. Niro nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i dlatego podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Niro faktycznie złożył przedmiotowe oświadczenie. Biorąc pod uwagę brak certyfikatu ISO 22000 oświadczenie to stanowiło nieprawdziwe informacje. Skoro zaś Zamawiający wymagał od uczestników takowego oświadczenia (a pośrednio samego certyfikatu) nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik postępowania. W rezultacie uczestnik powinien zostać wykluczony na mocy art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W końcu zaś należy stwierdzić, że przedmiotową usługę żywienia może realizować jedynie podmiot dysponujący na dzień złożenia oferty certyfikatem ISO 22000. W braku certyfikatu ISO 22000 oferowane przez Niro usługi nie spełniają wymogów Zamawiającego. Oferta Niro nie odpowiada wymogom SIWZ i z tej przyczyny powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp.

W dniu **24 maja 2011 roku** Zamawiający powiadomił pozostałych wykonawców o złożeniu odwołania.

W dniu **27 maja 2011 roku** do postępowania, na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpił wykonawca **Niro Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie** po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania.

Wskazywał na interes w przystąpieniu do postępowania, ponieważ zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego związanych wprost z ofertą złożoną przez Przystępującego. Zatem w razie pozytywnego rozstrzygnięcia dla Odwołującego odwołania (uchylenie rozstrzygnięcia przetargu), oferta Przystępującego zostałaby odrzucona a sam wykonawca zostałby wykluczony.

W uzasadnieniu Przystępujący wskazywał, iż słusznie zauważył w odwołaniu Odwołujący, że w SIWZ nie zawarto wymogu złożenia oświadczenia odnoszącego się do zintegrowanej normy ISO 22000. Jednakże Odwołujący bezpodstawnie wskazuje istnienie takiego obowiązku dokonując wykładni SIWZ. Jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej KIO obowiązki dotyczące wymagają precyzyjnie skonstruowanych zapisów SIWZ, z których jednoznacznie i literalnie wynikać będą określone obowiązki (wyrok KIO 2010.03.31, sygn. akt KIO/UZP 289/10 *„Rozszerzająca interpretacja postanowień siwz zmierzająca do wywiedzenia z jej treści wymagań, które nie zostały w niej ustanowione, jest niedopuszczalna”* oraz wyrok KIO 2010.01.22, sygn. akt KIO/UZP 1695/09 *„Podstawą oceny przeprowadzanej w toku postępowania przez zamawiającego są przede wszystkim literalne sformułowania siwz”* oraz wyrok KIO 2010.01.15, sygn. akt KIO/UZP 1690/09 *„W razie wątpliwości należy przyjąć interpretacją możliwie korzystną dla potencjalnych wykonawców - tj. taką, która nie zawęży kręgu wykonawców”*).

Na marginesie wskazał Przystępujący, iż Odwołujący wbrew podniesionym zarzutom i ciężącemu w związku z tym na nim obowiązkowi nie wykazał przesłanek skutkujących wykluczeniem Wykonawcy - Niro Sp. z o.o.

Jak już wyżej wskazano obowiązki te nie wynikają z SIWZ i w związku z tym rozstrzygnięcie Zamawiającego jest prawidłowe a zarzuty Odwołującego są chybione.

Kopia przystąpienia została Zamawiającemu i Odwołującemu przekazana w dniu 26 maja 2011 roku.

W dniu **1 czerwca 2011 roku** (pismem z dnia 30 maja 2011 roku) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający podnosił, co następuje: Odwołujący zarzuca naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zdaniem odwołującego Niro Sp. z o.o.

podaje nieprawdziwe informacje w oświadczeniu o realizacji usług w systemie zintegrowanej normy ISO 22 000. Zamawiający podnosi, iż z powyższym zarzutem nie sposób się zgodzić.

Zgodnie z SIWZ wszystkie elementy wykonanej usługi muszą być zgodne z procedurami certyfikowanego systemu Analizy Ryzyka i Kontroli Punktów Krytycznych (Hazard Analysis and Critical Control Point - HACCP) w systemie zintegrowanej normy ISO 22 000. W związku z powyższym w dalszej części specyfikacji zamawiający zażądał złożenia oświadczenia wykonawcy, że „usługa będąca przedmiotem postępowania świadczona będzie zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami Sanepidu, jak również wymogami HACCP”.

Zarówno Niro Sp. z o.o., jak i Aspen Res Sp. z o.o. przesłały w wymaganym terminie pismo, w którym zawarto wymagane oświadczenie. Obie spółki spełniły zatem niezbędne kryteria określone w STWZ.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, jakoby oświadczenie złożone przez Niro Sp. z o.o. zawierało nieprawdziwe informacje. SIWZ nie zawierała wymogu złożenia oświadczenia wskazującego na realizację usługi zgodnie z HACCP w systemie ISO 22 000, a także nie wymagała przedłożenia certyfikatu ISO. Co więcej, nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego, według których interpretacja postanowień SIWZ prowadzona w oparciu o dyrektywę wykładni systemowej i teleologicznej, pozwala dojść do jednoznacznego wniosku, iż Zamawiający sformułował w SIWZ wymóg przedłożenia oświadczenia wskazującego na realizację usługi zgodnie z HACCP w systemie ISO 22 000, a co za tym idzie wymóg przedłożenia certyfikatu ISO 22 000. W przedmiotowej sprawie nie ma bowiem podstaw do zastosowania dyrektyw wykładni systemowej i teleologicznej, gdyż literalne brzmienie SIWZ jest jednoznaczne i niebudzące wątpliwości. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.12.2009 r. (KIO/UZP 1551/09) wymogi Zamawiającego zawarte w SIWZ należy odczytywać literalnie. Zakazane jest zatem rozszerzanie kryteriów zawartych w specyfikacji.

W złożonym oświadczeniu Niro Sp. z o.o. zobowiązała się do realizacji usług zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami Sanepidu, jak również wymogami HACCP. Nie składała natomiast oświadczenia w przedmiocie posiadania certyfikatu ISO, który nie jest niezbędny dla realizacji usług zgodnie z obowiązującymi przepisami Sanepidu i wymogami HACCP. Co za tym, idzie Niro Sp. z o.o. nie złożyła nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W dalszej kolejności Odwołujący zarzuca naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego się Zamawiający powinien wykluczyć z postępowania Niro Sp. z o.o., ponieważ spółka ta nie spełniła warunków postępowania, tj. nie dysponuje certyfikatem ISO 22 000. Także powyższy zarzut jest bezpodstawny, albowiem posiadanie certyfikatu ISO 22 000 nie stanowiło warunków niezbędnych udziału w postępowaniu określonych w SIWZ. Co za tym idzie,

twierdzenia Odwołującego są bezpodstawne i nie mają odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach prawnych.

Nie można także zgodzić się z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrzuconie oferty Niro Sp. z o.o. ze względu na to, że jej treść nie odpowiada SIWZ. Zamawiający podkreślił, że wszelkie kryteria określone w specyfikacji zostały spełnione przez spółkę Niro. Nie można zatem twierdzić, że w związku z brakiem certyfikatu ISO 22 000 naruszone zostały kryteria SIWZ. Specyfikacja nie przewidywała bowiem obowiązku posiadania certyfikatu. W związku z powyższym nieprawdziwe jest twierdzenie, jakoby spółka Niro naruszyła kryteria SIWZ. Spółka Aspen Res dodatkowo dostarczyła certyfikat dotyczący normy ISO 22 000. Z powyższego zdaje sobie sprawę Odwołujący, gdyż w odwołaniu wyraźnie zaznaczył, że oprócz wymaganego oświadczenia „Aspen Res przedłożył nadto certyfikat ISO 22 000”.

W odwołaniu zarzucono także naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Niro Sp. z o.o., chociaż ta podlegała odrzuceniu. Wybór oferty został dokonany na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Biorąc to pod uwagę najkorzystniejszą ofertę była oferta, zgłoszona przez Niro Sp. z o.o. Nieprawdą jest jakoby oferta spółki Niro podlegała odrzuceniu. Co za tym idzie, w związku ze spełnieniem warunków określonych w SIWZ oraz z najatrakcyjniejszymi warunkami została wybrana oferta Niro Sp. z o.o.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania potrzymały argumentację i wnioski zawarte w pismach procesowych.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony i włączonych w poczet materiału dowodowego oraz stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 4 marca 2011 r. pod numerem 2011/S 44-072871.

W pierwszej kolejności ustalono, że wartość zamówienia przekracza wartość kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i wynosi 2 385 984,00 zł, co stanowi równowartość 621 511,85 euro.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w ich złożeniu, gdyż potwierdzenie się zarzutów dotyczących nieodrzczenia oferty uznanej za najkorzystniejszą oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty następnej w kolejności najkorzystniejszej cenowo w postępowaniu, która zgodnie z postanowieniami SIWZ stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

W rozdziale IV „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający opisał wymogi, które wykonawca we własnym zakresie i na swój koszt w okresie trwania umowy zobowiązany będzie wykonać. Z wymogów tych wynikał między innymi obowiązek wykonywania wszystkich elementów usługi zgodnie z procedurami certyfikowanego systemu Analizy Ryzyka i Kontroli Punktów Krytycznych (Hazard Analysis and Critical Control Point – HACCP- w systemie zintegrowanej normy ISO 22000.

W rozdziale VII „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” Zamawiający, w ramach żądania pozostałych dokumentów, wymagał złożenia oświadczenia wykonawcy, że usługa będąca przedmiotem postępowania świadczona będzie zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami Sanepidu, jak również wymogami HACCP.

Zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ (wzór umowy) wykonawca we własnym zakresie i na swój koszt, w okresie trwania umowy, zobowiązany będzie do wdrożenia systemu HACCP (§ 4 pkt 4.22 wzoru umowy).

W ofercie wykonawcy Przystępującego znajduje się oświadczenie, iż usługa będzie świadczona zgodnie z obowiązującymi przepisami Sanepidu, w tym z wymogami HACCP. W toku badania i oceny ofert (w dniu 05 maja 2011 roku) wykonawca został wezwany do uzupełnienia oświadczenia dotyczącego wykonania usługi zgodnie z procedurami certyfikowanego systemu Analizy Ryzyka i Kontroli Punktów Krytycznych (Hazard Analysis and Critical Control Point – HACCP- w systemie zintegrowanej normy ISO 22000, ponieważ, jak twierdził Zamawiający, dokumenty te były wymagane częścią IV SIWZ. W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca Niro Sp. z o.o. poinformował, że załączone przez niego do oferty w określonym brzmieniu oświadczenie wynika z zapisów SIWZ, z rozdziału VII SIWZ. Z ostrożności jednakże uzupełnia oświadczenie o treści żądanej przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, należało stwierdzić, że zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z udziału w postępowaniu, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że *„dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”*. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 22 grudnia 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1778/09, z którego wynika, że: *„Z treści art. 24 ust. 2 pkt 2 (obecnie 3) ustawy Pzp wynika, że zamawiający musi wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Przepis ten, poza samym faktem złożenia nieprawdziwych informacji, dla swojej skuteczności nie odnosi się do żadnych dodatkowych okoliczności, które muszą zaistnieć po stronie wykonawcy, np. jego zamiaru, stopnia winy lub stanu świadomości”*.

Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli *„jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”*.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy

przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, w którym Izba orzekła, że, złożenie „*nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować*”. Podobny pogląd Izba reprezentowała m.in. w wyroku z dnia 5 lutego 2009r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/09.

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskowi. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy. A zatem do skutecznego wykluczenia z powodu złożenia nieprawdziwych informacji niezbędne jest wystąpienie łącznie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym (podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2011 r. o sygn. akt KIO 257/11).

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, Izba stwierdziła, iż nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego.

Po pierwsze zauważyć należy, iż posiadanie certyfikatu w systemie zintegrowanej normy ISO 22000 w ogóle nie było zapisami SIWZ jako warunek udziału w postępowaniu wymagane. Złożenie oświadczenia o świadczeniu usługi zgodnie z wymaganiami systemu ISO jest więc neutralne dla brzmienia warunku określonego SIWZ. Ponadto wykonawca Przystępujący nie oświadczył, iż taki certyfikat posiada, a dopiero takie oświadczenie uznać można byłoby za informację nieprawdziwą. Ze złożonego w wyniku wezwania do uzupełnienia oświadczenia Przystępującego wynika, że zamierza on świadczyć usługę zgodnie z systemem HACCP w systemie ISO. Przystępujący nie powołuje się na żaden certyfikat, nie stwierdza, że taki certyfikat posiada, ale jednocześnie nie jest wykluczone, że z momentem rozpoczęcia świadczenia usługi przystąpi do procesu certyfikacji. Potwierdza powyższe także zaświadczenie przedstawione na rozprawie, że Przystępujący rozpoczął system certyfikacji.

Za daleko idące, w związku z brzmieniem SIWZ, należy uznać twierdzenia

Odwołującego, że dopiero dysponowanie ważnym dokumentem ISO 22 000 jest jedną z formalnych przesłanek złożenia oświadczenia o możliwości realizacji usługi w zgodności z normą jakości. Odwołujący nie przedstawił na powyższą tezę przekonujących dowodów. Złożone w ramach postępowania dowodowego oświadczenie wystawione przez TUV Polska – jednostkę certyfikującą, nie odwołuje się do przepisów powszechnie obowiązujących, nie przywołuje przepisów prawa międzynarodowego lub postanowień normy ISO. Stanowisko, że „oświadczenie firmy, iż spełnia wszystkie warunki jakie nakładają na nią procedury i wymagania normy ISO 22 000 nie jest w żadnym wypadku wiarygodne z punktu widzenia postępowania przetargowego”, wyrażone zostało przez instytucję zewnętrzną, która nie powołana została do oceny prawidłowości postępowań przetargowych. Jak słusznie wynika z tego oświadczenia, w relacjach oficjalnych i biznesowych, znaczenie ma certyfikat wydany przez niezależną akredytowaną jednostkę certyfikującą. Jednakże to nie cele biznesowe przyświecają procedurze zamówień publicznych.

W ocenie składu znamienne były również przywołane przez Przystępującego postanowienia ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywienia i żywności (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 136, poz. 914 ze zmianami), która odnosi się do legitymowania się systemem Analizy Ryzyka i Kontroli Punktów Krytycznych (Hazard Analysis and Critical Control Point – HACCP), a organem urzędowej kontroli żywności w zakresie bezpieczeństwa żywności są organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej w odniesieniu do prawidłowości stosowania systemu HACCP w zakładach objętych nadzorem Państwowej Inspekcji Sanitarnej (art. 73 przywołanej ustawy). Do tej ustawy i jej postanowień odnosiło się zatem żądanie Zamawiającego do złożenia oświadczenia o określonej treści w punkcie VII SIWZ.

Jeżeli oświadczenie o spełnianiu warunków nałożonych przez procedury i wymagania systemu HACCP, bez wskazania normy ISO, czy też brak obowiązku załączenia certyfikatu potwierdzającego oświadczenie, było niewystarczające w ocenie Odwołującego, to miał on prawo i obowiązek zakwestionować takie właśnie postanowienia SIWZ, z których ewidentnie wynikał obowiązek złożenia jedynie oświadczenia, że usługa będąca przedmiotem postępowania świadczona będzie zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami Sanepidu, jak również wymogami HACCP. Co więcej, skład orzekający podkreśla, że Zamawiający w wymaganym zapisami SIWZ oświadczeniu nie przywoływał normy ISO. Odniesienie do tej normy znajdowało się jedynie w opisie przedmiotu zamówienia, tym samym Zamawiający wykazał się niekonsekwencją opisując z jednej strony przedmiot zamówienia za pomocą odesłania do normy ISO, a z drugiej strony żądając od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oświadczenia o wykonywaniu usługi zgodnie z wymogami HACCP. Sam pełnomocnik Zamawiającego przyznał na rozprawie, że żądanie złożenia dodatkowego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykraczało poza ramy SIWZ, a nie było jego celem podczas opisu przedmiotu zamówienia ograniczanie dostępu

wykonawcom do zamówienia. Zgodnie zaś z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, wszelkie niejasności SIWZ tłumaczyć należy na korzyść wykonawców (tak w wyroku KIO z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1873, 1874/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 października 2009 r., sygn. akt IX Ca 661/09). podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest właśnie specyfikacja istotnych warunków zamówienia. To na podstawie tego dokumentu wykonawcy przygotowują i składają oferty. Dlatego też jej treść powinna być precyzyjna i czytelna, a jej postanowienia nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Podkreślić także należy, że Zamawiający dokonując oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadzi to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Po drugie Izba zwraca uwagę na postanowienia wzoru umowy, z których jasno wynika, iż Zamawiający zakładał taką sytuację, gdzie w postępowaniu wybrany zostanie wykonawca, który nie będzie legitymował się wdrożonym systemem HACCP. Z § 4 wynika, iż w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany będzie do wdrożenia systemu w swojej organizacji. Kwestią wtórną i irrelevantną dla rozstrzygnięcia toczącego się sporu jest sytuacja, w której wybrany wykonawca nie przeszedłby pozytywnie procesu certyfikacji i niezbędnych certyfikatów nie uzyskał. Być może stanowiłoby to podstawę do rozwiązania umowy ale jak już zauważono, jest to kwestia nie mająca znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Sam Zamawiający przyznał powyższe na rozprawie.

A zatem stanowisko Odwołującego nie stanowi wystarczającej podstawy do przyjęcia, iż w ofercie lub uzupełnionych na wezwanie dokumentach Przystępujący znajdowały się nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i na tej podstawie podlega wykluczeniu.

Dlatego też nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jakoby Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. niedysponowania przez Niro Sp. z o.o. certyfikatem ISO 22 000, ponieważ jak wskazano powyżej taki certyfikat nie był zapisami SIWZ wymagany. Z tych względów nie można również uznać, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, a zatem na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, nie naruszył więc swoim działaniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów wskazanych w petitum odwołania, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby zarzuty

Odwołującego w stosunku do czynności Zamawiającego nie potwierdziły się, podjęte decyzje nie miały wpływu na wynik postępowania .

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: