

POSTANOWIENIE

z dnia 14 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **14 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **26 kwietnia 2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **1) Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. 87-100 Toruń, ul. Żółkiewskiego 20/26, 2) Citonet - Bydgoszcz S.A., 85-740 Bydgoszcz, ul. Wyścigowa 7, reprezentowane przez pełnomocnika radcę prawnego Z..... P.....**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Miejski im. Franciszka Raszei w Poznaniu, 60-834 Poznań, ul. Mickiewicza 2**, wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze i znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego konsorcjum: 1) Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. 87-100 Toruń, ul. Żółkiewskiego 20/26, 2) Citonet - Bydgoszcz S.A., 85-740 Bydgoszcz, ul. Wyścigowa 7, kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „pranie i maglowanie bielizny i odzieży szpitalnej oraz pranie mopów” (Dz. Urz. UE z dnia 12.12.2012 r. nr 2012/S 239-394258), w dniu 26 kwietnia 2013r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez konsorcjum wykonawców: Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.; Citonet - Bydgoszcz S.A., w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 17 kwietnia 2013 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty – złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: R..... R....., R..... R..... oraz A..... W....., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Pralnia Przemysłowa AMA, a w ocenie odwołującego – wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ponadto treść ich oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołanie dotyczyło działań zamawiającego polegających na: zaniechaniu wykluczenia R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... (Pralnia Przemysłowa AMA) z postępowania o udzielenie zamówienia oraz zaniechaniu odrzucenia oferty tych wykonawców, czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... (Pralnia Przemysłowa AMA).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Szpitalowi Miejskiemu im. Franciszka Raszei w Poznaniu, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm., dalej ustawa Pzp), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj. naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... (Pralnia Przemysłowa AMA) z postępowania o udzielenie zamówienia;

2. art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty R..... R....., R..... R..... oraz A..... W.....;

3. art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybranie oferty R..... R..... R..... R..... oraz A..... W.....

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody skutkiem niezgodnych z ustawą Pzp czynności zamawiającego, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. wykluczenia R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... z postępowania o udzielenie zamówienia;

3. odrzucenia oferty R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... (Pralnia Przemysłowa AMA);

4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący ponosił, że w dniu 17 kwietnia 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty złożonej wspólnie przez R..... R....., R..... R..... oraz A..... W....., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Pralnia Przemysłowa AMA. Wykonawcy ci nie wykazali jednak spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ponadto treść ich oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jak utrzymywał odwołujący.

Zarzut I. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy zobowiązani byli do złożenia, między innymi:

- aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert (Rozdział IV pkt 2.3 SIWZ), oraz

- aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert (Rozdział IV pkt 2.4 SIWZ).

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 6.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, oferta winna zawierać dokumenty opisane w pkt 2 (a więc m.in. zaświadczenia, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i składek na ubezpieczenia) wystawione na każdego partnera z osobna.

Skoro R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia; powinni byli zatem złożyć powyższe dokumenty wystawione na każdego z wykonawców z osobna.

Odwołujący stwierdził, że R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... złożyli jednak wyłącznie zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez podmiot nazwany: „PRALNIA PRZEMYSŁOWA „AMA” R.RATAJCZAK, R. STRYJAKOWSKA, A. WROBIŃSKI” spółkę cywilną oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek przez „PRALNIA PRZEMYSŁOWA AMA”.

Oznacza to, zdaniem odwołującego, że R..... R....., R..... R..... oraz A..... W....., wbrew treści Rozdziału IV pkt 6.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie złożyli zaświadczeń wystawionych na każdego z wykonawców z osobna, lecz zaświadczenia wystawione na spółkę cywilną.

Odwołujący zaznaczał, że zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach zostało wystawione na spółkę cywilną „PRALNIA PRZEMYSŁOWA „AMA” R.RATAJCZAK, R. STRYJAKOWSKA, A. WROBIŃSKI”, a więc spółkę, której skład wspólników różni się od składu wspólników - składających wspólną ofertę w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 8 marca 2013 r. wezwał R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... do złożenia zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach oraz zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek - dla wszystkich wspólników spółki cywilnej.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... nie złożyli jednak dokumentów, do których złożenia zostali wezwani, lecz ponownie złożyli te same dokumenty, tj. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez: „PRALNIA PRZEMYSŁOWA „AMA” R.RATAJCZAK, R. STRYJAKOWSKA, A. WROBIŃSKI” oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek przez „PRALNIA PRZEMYSŁOWA AMA” – jak twierdził odwołujący.

W zaistniałej sytuacji, w ocenie odwołującego - zamawiający zobowiązany był wykluczyć R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego zamawiający jednak zaniechał.

Nie wiadome dla odwołującego było z jakich przyczyn, zamawiający zmienił swoje stanowisko i uznał, że jednak nie ma konieczności złożenia zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach oraz zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek - dla wszystkich wspólników spółki cywilnej z osobna. Takiej zmiany stanowiska nie uzasadnia - w przekonaniu odwołującego, w szczególności pismo R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... z dnia 14 marca 2013 r., w którym wykonawcy ci twierdzili, że zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach oraz o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie wystawione na spółkę cywilną są wystarczające.

Z poglądem tym odwołujący nie zgodził się z kilku powodów.

Po pierwsze, złożenie zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach wyłącznie wystawionego na spółkę cywilną nie może być uznane za wystarczające choćby dlatego, że w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych (inaczej niż w zakresie podatku od towarów i usług) podatnikiem nie jest spółka cywilna, lecz wspólnicy spółki cywilnej. To na wspólnikach spółki cywilnej ciąży obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych. Możliwa jest zatem sytuacja, że pomimo wystawienia na spółkę cywilną zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach (potwierdzającego, że spółka cywilna nie zalega z opłacaniem podatku od towarów i usług), wspólnicy tej spółki zalegają z opłacaniem podatku dochodowego. Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, iż w przypadku spółki cywilnej nie jest wystarczające złożenie zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach wystawionego na spółkę cywilną bez złożenia zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach wystawionych na poszczególnych wspólników. Konieczność złożenia zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach wystawionych na poszczególnych wspólników spółki cywilnej została wskazana m.in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2009 r. KIO/UZP 1505/09, z dnia 7 maja 2010 r. KIO/UZP 708/10, z dnia 22 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2656/10 oraz z dnia 20 stycznia 2012 r. KIO 39/12; KIO 67/12. Pogląd ten

podzielił również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w informacjach o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 sierpnia 2010 r. UZP/DKD/KND/31/10 oraz I. Skubiszak-Kalinowska w publikacji, „Zaświadczenia od spółki czy wspólników,” Przetargi Publiczne 2011, nr 5, s. 62.

W odniesieniu do zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie, odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2010 r. KIO/UZP 2656/10: *„niezależnie, czy wspólnik spółki cywilnej odprowadza składki na ubezpieczenie społeczne we własnym imieniu, czy też w imieniu osób trzecich jako płatnik to on jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów i to on posiada status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy p.z.p. - zatem na nim spoczywa obowiązek wykazania, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy p.z.p. Tym samym zaświadczenie, o którym jest mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) winno odnosić się do wspólników - stron umowy spółki, nie zaś do spółki cywilnej (umowy spółki).”*

Na marginesie, odwołujący zauważył, że niektóre wyroki cytowane przez R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... w piśmie z dnia 14 marca 2013r. wcale nie potwierdzają, lecz przeczą trafności stanowiska tych wykonawców. Wyrok z dnia 7 maja 2010 r. KIO/UZP 708/10 wyraźnie potwierdza bowiem konieczność złożenia zaświadczeń o niezaleganiu w podatkach wystawionego na poszczególnych wspólników spółki cywilnej. Natomiast w wyroku z dnia 28 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 71/11 kwestia złożenia zaświadczeń wystawionych na poszczególnych wspólników spółki cywilnej nie była przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż w stanie faktycznym ww. sprawy wspólnicy takie zaświadczenia złożyli.

Po drugie, R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... zupełnie pominęli, fakt że w niniejszym postępowaniu postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie nakazywały złożenie zaświadczeń wystawionych na każdego z wykonawców z osobna.

Po trzecie, nawet gdyby wystarczające było złożenie zaświadczeń wystawionych na spółkę cywilną (czemu odwołujący zaprzeczył), to zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach złożone przez R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... i tak nie mogłoby być uznane za prawidłowe, gdyż dotyczy spółki cywilnej o innym składzie wspólników („R. RATAJCZAK, R. STRYJAKOWSKA, A. WROBIŃSKI”) niż wspólnicy składający ofertę w niniejszym postępowaniu (R..... R....., R..... R....., A..... W.....).

Reasumując, odwołujący stwierdził, że R..... R....., R..... R..... oraz A..... W....., wbrew treści Rozdziału IV pkt 2.3, 2.4 i 6.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożyli dokumentów wymaganych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie wykluczenia R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... z postępowania o udzielenie zamówienia stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, pozostaje również w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji; stanowi zatem naruszenie również art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – jak wskazywał odwołujący. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 maja 2010 r. KIO/UZP 691/10, stwierdziła, że każde naruszenie przepisów ustawy mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania stanowi o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców.

Przechodząc do zarzutu II - zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty kwestionowanych wykonawców, odwołujący podnosił, że zgodnie z pkt 15 Załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy zobowiązani byli wskazać w ofercie zakład „awaryjny”, w którym będzie świadczona usługa pralnicza. R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... nie wskazali w ofercie zakładu „awaryjnego”, w którym będzie świadczona usługa pralnicza. Zdaniem odwołującego, wskazanie w ofercie zakładu „awaryjnego” stanowi element koncepcji wykonywania usługi, a więc jest to treść oferty wykonawcy. Wskazanie w ofercie zakładu „awaryjnego” nie stanowi oświadczenia ani dokumentu, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (a więc oświadczenia ani dokumentu podlegających uzupełnieniu na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Z § 1 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że zakład „awaryjny” ma być wskazany umowie zawartej z wykonawcą, a zatem wskazanie zakładu „awaryjnego” stanowi element przedmiotowo istotny tej umowy. Dlatego brak wskazania w ofercie zakładu „awaryjnego” nie może być naprawiony na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał kolejne orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku w podobnej sprawie z dnia 6 grudnia 2012 r. KIO 2595/12, uznała, że w przetargu na usługi pralnicze wymagane przez specyfikację istotnych warunków zamówienia - wskazanie przez wykonawcę technologii prania jest treścią oferty i dlatego nie podlega uzupełnieniu na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy). Dlatego też, odwołujący kwestionował uwzględnienie przez zamawiającego, iż

R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... po upływie terminu do składania ofert, na wezwanie zamawiającego (będące naruszeniem przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy), złożyli dokumenty dotyczące pralni „awaryjnej” (oświadczenie właściciela pralni oraz dwie opinie sanitarne), gdyż nie mogło to skutecznie usunąć niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Skoro do wskazania w ofercie zakładu „awaryjnego” nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to wskazanie przez R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... zakładu „awaryjnego” nie może być kwalifikowane jako uzupełnienie oświadczenia lub dokumentu, lecz stanowi zmianę oferty. Jednakże zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy zmiana oferty jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu do składania ofert. Zmiana oferty po upływie terminu do składania ofert jest sprzeczna z art. 84 ust. 1 ustawy, a zatem nie może być skuteczna.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... wbrew treści pkt 15 Załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazali w ofercie zakładu „awaryjnego”. Powyższy brak wyznaczenia w ofercie zakładu „awaryjnego” oznacza, że treść oferty R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie odrzucenia oferty R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozostaje również w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji; stanowi zatem naruszenie również art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak bowiem stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 maja 2010 r. KIO/UZP 691/10, każde naruszenie przepisów ustawy mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania stanowi o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu III – niespełnienia przez wybranego wykonawcę wyznaczonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, odwołujący podnosił, że zgodnie z Rozdziałem III pkt 1.2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia polegający na wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością (nie mniej niż 1 000 000,00 zł brutto każda) usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, potwierdzenie spełnienia ww. warunku powinno nastąpić poprzez złożenie wykazu usług według wzoru zał. nr 8 do SIWZ, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług.

Zdaniem odwołującego wykonawca: R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... nie wykazali spełnienia ww. warunku.

Po pierwsze, obie usługi wymienione w wykazie usług złożonym przez R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... polegały na praniu, lecz nie obejmowały dzierżawy bielizny lub innych wyrobów (ani najmu, ani leasingu ani innego podobnego świadczenia polegającego na oddaniu wyrobów do używania zamawiającemu). Nie odpowiadają zatem swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Odwołujący podkreślał zasadniczą różnicę pomiędzy zamówieniem obejmującym usługę prania z dzierżawą wyrobów, a zamówieniem obejmującym wyłącznie samą usługę prania. Usługa prania bez dzierżawy obejmuje wyłącznie „obróbkę” wyrobów zamawiającego, natomiast usługa prania połączona z dzierżawą wymaga dodatkowo posiadania przez wykonawcę własnych wyrobów spełniających wymagania zamawiającego i oddawania ich do używania zamawiającemu. Odmienność dzierżawy wyrobów od usługi prania podkreśla art. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w myśl którego na gruncie prawa zamówień publicznych dzierżawa, najem i leasing nie są traktowane jako usługi, lecz jako dostawy, czyli jako odmienna od usług kategoria przedmiotu zamówienia.

Po drugie, obie usługi wymienione w wykazie usług złożonym przez R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... zaczęły być wykonywane wcześniej niż 3 lata przed terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu (czyli wcześniej niż 25 lutego 2010 r.). Część tych usług, a tym samym część podanych w wykazie wartości usług, przypadła zatem na okres wcześniejszy niż 3 lata przed terminem składania ofert i nie może być brana pod uwagę do stwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu. Z wykazu usług nie wynika jaka wartość tych usług została zrealizowana w okresie 3 lat przed terminem składania ofert; nie wiadomo zatem czy w tym okresie wartość ta osiągnęła wymagane minimum 1 000 000,00 zł brutto. Wątpliwości odwołującego budziła zwłaszcza usługa na rzecz Szpitala Powiatowego im. A. Sokołowskiego w Złotowie. Wartość tej usługi w okresie od 11 lutego 2010 r. do 20 grudnia 2012 r. wyniosła brutto 1 006 100,00 zł. Nie wiadomo jednak ile wyniosła wartość usługi w okresie 3 lat przed terminem składania ofert (czyli nie wcześniej niż 25 lutego 2010 r.).

Brak wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia skutkuje koniecznością wykluczenia R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zgodnie bowiem z tym przepisem, zamawiający nie wzywa wykonawcy do uzupełnienia

dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Skoro więc oferta R..... R....., R..... R..... oraz A..... W....., jak utrzymywał odwołujący, podlega odrzuceniu z powodu braku oznaczenia w ofercie zakładu „awaryjnego”, to wykonawcy ci nie mogą być wzywani do uzupełnienia wykazu usług.

Rekapitulując swoje wywody, odwołujący stwierdził, że wykonawca: R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... wbrew treści Rozdziału IV pkt 3.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie złożyli dokumentów wymaganych w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dlatego R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie wykluczenia R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... z postępowania o udzielenie zamówienia poczytał odwołujący za naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, pozostające również w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji; stanowiące zatem naruszenie również art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut IV naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący uzasadniał następująco. Skoro wykonawca: R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ich oferta nie odpowiada treści specyfikacji, to oferta ta nie może być uznana za najkorzystniejszą. Wybranie tej oferty przez zamawiającego narusza więc art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący powołał się na swój interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, w wyniku opisanych wyżej naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący złożył wspólną ofertę w niniejszym postępowaniu; oferta ta została sklasyfikowana na drugim miejscu za ofertą R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... Zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego ani nie wykluczył go z postępowania. Gdyby zamawiający nie zaniechał wykluczenia R..... R....., R..... R..... oraz A..... W..... z postępowania, nie zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy i nie wybrał jego oferty, wówczas odwołujący mogliby wygrać niniejszy przetarg i uzyskać zamówienie publiczne. Uchybienia zamawiającego pozbawiają odwołującego szans uzyskania zamówienia publicznego oraz szans osiągnięcia zysku z jego wykonywania. W wyniku tych uchybień odwołujący może zatem ponieść szkodę. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Dlatego opisane naruszenia przez zamawiającego ustawy Prawo zamówień publicznych mają wpływ na wynik postępowania, a

odwołującemu przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2013 r., w ustawowym terminie 3 dni określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego żaden wykonawca.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przesłanej 10 maja 2013 r. złożył oświadczenie, że *„uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, tym samym uwzględni samo odwołanie i z uwagi na powyższe, wnosi o umorzenie postępowania w przedmiotowej sprawie. Jednocześnie zaznaczamy, iż do niniejszego postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił, tym samym nie jest możliwe wniesienie sprzeciwu o jakim mowa w ust. 3 art. 186 ww. ustawy.”* Zamawiający przedstawił uzasadnienie podjętej czynności.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Izba uznała stanowisko zamawiającego wynikające z odpowiedzi na odwołanie, za niebudzące wątpliwości oświadczenie woli uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, złożone ze skutkiem prawnym.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem wyznaczonego posiedzenia z udziałem stron, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp koszty znoszą się wzajemnie między stronami. Jednocześnie Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....