

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę - **NIRO Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Medyków 14, 40-752 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Impel Catering Company Sp. z o.o., Sp. K., Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Medyków 14, 40-752 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NIRO Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Medyków 14, 40-752 Katowice** na rzecz wykonawcy **NIRO Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Usługa: catering - przygotowanie i dostawa całodziennego wyżywienia dla pacjentów szpitala i posiłków profilaktycznych dla pracowników' szpitala."

Odwołujący „NIRO“ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Lubina wniósł odwołanie od czynności: oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej Impel Catering „Company” Sp. z o.o., zaniechania zbadania skuteczności utajnienia części oferty i korespondencji Impel Catering „Company” Sp. z o.o. oraz zaniechania odtajnienia części oferty i korespondencji firmy Impel Catering „Company” Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 5, 8 ustawy Pzp, a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe wniósł: o uchylenie dokonanej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej Impel Catering „Company” Sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu odtajnienia części zastrzeżonej oferty Impel Catering „Company” Sp. z o.o., nakazanie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy - Impel Catering „Company” Sp. z o.o. z uwagi na fakt braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i domniemania złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Wniósł również o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia części zastrzeżonej korespondencji, jaką Impel Catering „Company” Sp. z o.o. prowadził z Zamawiającym odpowiadając na wezwanie z 14.03.2014 r. w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i zobowiązanie Zamawiającego do ponownej oceny ofert oraz zasądzenie na rzecz „NIRO” Sp. z o.o. kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w razie uwzględnienia odwołania oferta „NIRO” Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą.

Dalej podał, że dnia 1 kwietnia 2014 r. spółka „NIRO” została poinformowana w czasie dokonania wglądu do ofert, że firma IMPEL zastrzegła w swojej ofercie dokument w postaci jadłospisu, jak również korespondencję prowadzoną z Zamawiającym po terminie składania ofert.

Odwołujący podkreślił w szczególności, że zastrzeżony w ofercie jadłospis musiał być opracowany zgodnie ze szczegółowymi wytycznymi Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami. Dokumentacja przetargowa zawierała bardzo dokładne wytyczne służące do przygotowania jadłospisów. Zamawiający szczegółowo określił minimalny koszt surowców, który powinien być wykorzystany do przygotowania posiłków, podał definicję samego posiłku, w specjalnej tabeli podał szczegółowa wymagania w zakresie opracowywania jadłospisów. Tabela precyzyjnie określiła dania, nawet ich nazwy, gramaturę potraw' na talerzu, procentowe zapotrzebowanie energetyczne. Zamawiający opublikował także kilkunastostronicowy załącznik do SIWZ zatytułowany Schemat diet, który wyznaczył wykonawcom ubiegającym się o zamówienie drogę do opracowania jadłospisów. W konkluzji podkreślił, że jadłospis w tym przypadku nie ma charakteru unikalnego, nowatorskiego, jedyne w swoim rodzaju, ponieważ został opracowany na potrzebę konkretnego postępowania, na podstawie bardzo szczegółowych informacji dostarczonych przez Zamawiającego.

Dalej podał, że wykonawcy, którzy złożyli oferty nie wykazali się własną inicjatywą w układanym jadłospisie. Nie mogli nawet odwoływać się do własnych receptur, unikalnych metod planowania jadłospisów. Ich zadaniem było tylko ułożenie prawidłowego jadłospisu z danych podanych przez Zamawiającego. Jadłospisem mieli udowodnić Zamawiającemu, że występują w obrocie gospodarczym ze statusem profesjonalisty. Zwrócił uwagę na odpowiedź Zamawiającego z 20.02.2014 r., w której podał, że (...) Zgodnie z SIWZ „Dane zawarte w jadłospisach są znane ogółowi społeczeństwa, a zwłaszcza podmiotom trudniącym się wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem i dostarczaniem posiłków. Większość z nich jest powszechnie dostępna na stronach internetowych, czy to zamawiających, czy np. poprzez oprogramowanie służące do przygotowania jadłospisów, które jest sprzedawane na wolnym rynku”.

Zdaniem Odwołującego zastrzeżenie poufności tych jadłospisów w ofercie Impel stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do oferty, a nie podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności, i tym samym narusza zasadę jawności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Odnosnie drugiego z dokumentów stwierdził, że także utajnienie przez firmę IMPEL korespondencji prowadzonej z zamawiającym po terminie składania ofert jest niezasadne. Korespondencja Zamawiającego z wykonawcami uczestniczącymi w przetargu stanowi załącznik do protokołu.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 protokół wraz z załącznikami jest jawny. Spółka IMPEL w terminie do składania ofert nie zastrzegła, że wszelka korespondencja kierowana przez nią do Zamawiającego ma pozostać tajna.

Podał również, że 14.03.2014 r. firma IMPEL została wezwana przez Zamawiającego do złożenia dokumentu w postaci pisemnego zobowiązania Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego Nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu do oddania do dyspozycji firmie IMPEL kuchni na okres korzystania z niej do wykonania zamówienia na rzecz Zamawiającego.

Odpowiedź firmy IMPEL na powyższe wezwanie została opatrzona klauzulą tajności i tym samym wgląd do jej treści został uniemożliwiony innym uczestnikom postępowania.

Zdaniem Odwołującego należy poddać wątpliwość fakt udowodnienia, że firma IMPEL w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na uzupełnienie dokumentu, udowodniła, że rzeczywiście dysponuje kuchnią, w której będą przygotowywane posiłki dla Zamawiającego, przez cały okres wykonywania zamówienia.

Zwrócił także uwagę, że Wojewódzki Szpital Specjalistyczny Nr 5 im. św. Barbary w Sosnowcu jest instytucją publiczną, więc takie dokumenty, jak umowa na dzierżawę pomieszczeń kuchni wraz z załącznikami musi być jawna dla każdego obywatela, bo stanowi informację publiczną.

Nadmienił, że firma IMPEL realizuje usługę żywienia pacjentów szpitala w Sosnowcu w oparciu o zakończone w 2012 roku postępowanie prowadzone w procedurze przetargu nieograniczonego. Podkreślił w szczególności, że (...) Jawność umowy zawartej między firmą IMPEL i szpitalem w Sosnowcu wynika wprost z Konstytucji RP, która w art. 61 ust 1 stanowi, że obywatel ma prawo do uzyskania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób i jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”.

W konkluzji stwierdził, że firma IMPEL nie mogła skutecznie utajnić dokumentu wystawionego przez szpital publiczny.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w szczególności podał, że wykonawca Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k., wyraził zgodę na odtajnienie treści odpowiedzi przesłanej na zapytanie Zamawiającego oraz umowy na podstawie, której dysponuje kuchnią zlokalizowaną w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym w Sosnowcu, oraz podtrzymał w całości żądanie zachowania, jako poufnych jadłospisów opracowanych na potrzeby niniejszego postępowania opisując przyczyny i znaczenie w/w jadłospisów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz sposób, w jaki zapewnił ochronę zawartych w nich informacji przed dostępem osób trzecich.

Dalej podał, że w zakresie utajnienia przez wykonawcę Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. treści umowy dzierżawy kuchni zlokalizowanej w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu, plac Medyków 1 w Sosnowcu uznał ten dokument w dalszym toku postępowania, jako niestanowiący tajemnicy przedsiębiorstwa.

W pozostałym zakresie nie uznał argumentów Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

Zaznaczył, że zastrzeżone jadłospisy wprawdzie Impel wykonał i opracował w oparciu o przedstawioną przez Zamawiającego SIWZ, jednakże ww. dokumenty zostały przygotowane bez narzucania gotowych rozwiązań w SIWZ, stanowiąc autorską koncepcję

W konkluzji odnosząc się dodatkowo do kwestii ponownej weryfikacji zasadności zastrzeżenia tajemnic przedsiębiorstwa na etapie postępowania odwoławczego, Zamawiający wskazał z jednej strony, wobec dokonania takiej weryfikacji na dyrektywę z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a z drugiej – na wniesienie odwołania po terminie z uwagi na złożony w dniu 31.03.2014 r. wniosek o udostępnienie ofert, podczas gdy otwarcie ofert nastąpiło w dniu 7.03.2014 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – Impel Catering Company Sp. z o.o., Sp. K., z Wrocławia [Przystępujący lub Impel], wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako niezastługującego na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w całości, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a wnoszący odwołanie wykonawca miał legitymację procesową wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia tego odwołania.

Tak jak ustaliła Izba wnoszący odwołanie wykonawca podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 1, 2, 3, 5, 8 ustawy Pzp, a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu tych zarzutów podał, że wykonawca Impel Catering Company Sp. z o.o., Sp. K., z Wrocławia niezasadnie zastrzegł jadłospisy oraz korespondencję, jaka była prowadzona z tym wykonawcą odnośnie podstaw dysponowania wymaganą kuchnią [wezwanie z dnia 14.03.2014 r. oraz wyjaśnienia z załącznikiem z dnia 17.03.2014 r.] jako tajemnicę przedsiębiorstwa, podnosząc w związku z drugą okolicznością, także zarzut nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że ustawa Pzp zgodnie z jej art. 180 ust.3 wymaga, aby odwołanie wskazywało nie tylko okoliczności prawne [przepisy prawa], ale także okoliczności faktyczne, które stanowią oddzielne, niezależne elementy uzasadniające wniesienie odwołania.

Izba nie może domniemywać podstaw faktycznych wniesionego odwołania.

Izba podkreśla, że kwestionowane przez Odwołującego czynności powinny być wskazane wyraźnie w odwołaniu, albowiem takie czynności nie mogą być domniemywane przez Izbę z innych czynności wskazanych w odwołaniu w tak szerokim zakresie, w jakim w przypadku tego odwołania oczekiwać mógł wykonawca.

W niniejszej sprawie Izba stwierdza, że podnoszone naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, a także art. 89 ust 1 pkt 1, 2, 3, 5, 8 ustawy Pzp, a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zostało w żaden sposób wykazane w odwołaniu.

Tym samym w tej sprawie odwołanie de facto obejmowało zarzut naruszenia:

- 1) art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje dotyczące warunku z pkt V.c.2.[wymaganie dotyczące kuchni] i pkt VI.12 [wymaganie dotyczące jadłospisu] specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także
- 2) art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie warunku z pkt V.c.2. siwz.

W niniejszej sprawie Izba także stwierdza, że zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje dotyczące warunku z pkt VI.12 [wymaganie dotyczące jadłospisu] specyfikacji nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Rozpatrując zarzut, dotyczący nieuprawnionego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych w odwołaniu informacji, Izba miała na uwadze przepis art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazany art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp zdanie pierwsze stanowi, że Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego ustawą. Okoliczności, o których mowa w tym przepisie stanowią negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego meritum i tym samym jej zaistnienie skutkuje odrzuceniem odwołania.

Powyższy przepis ma także odpowiednie zastosowanie do zarzutu podniesionego po terminie, jednakże w takim przypadku zarzut taki - co podkreślane jest w orzecznictwie i doktrynie – nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zwraca także uwagę, że zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu, takich jak w niniejszej sprawie niezasadne zastrzeżenie informacji [lub niezasadne zaniechanie udostępnienia/odtajnienia], która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba zwraca uwagę, że ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do czynności braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjętych czynnościach dotyczących podstaw wyjaśniania skuteczności ich zastrzeżenia.

Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia.

Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź - alternatywnie - o ile jest to uzasadnione okolicznościami faktycznymi - w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty [ofert] w pełnym zakresie – również w tym zastrzeżonym.

W niniejszym stanie faktycznym, w odniesieniu do informacji z pkt VI.12 specyfikacji wykonawca mógł powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, chociażby w dniu 5 marca 2014 r.

W tym dniu, z upływem terminu wyznaczonego na otwarcie ofert [zgodnie z siwz termin otwarcia ofert 5.03. 2014 r. godz. 11:00], Odwołujący zwracając się do Zamawiającego o udostępnienie ofert innych wykonawców miał możliwość od tej daty zweryfikować poprawność zastrzeżonych przez wykonawców w ofercie informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zwraca ponownie uwagę, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp liczy się również od daty, od której obiektywnie - przy zachowaniu należytej staranności – było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko od daty jej podjęcia przez wykonawcę, tak jak w tym stanie faktycznym, po dacie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W konkluzji Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 8 ust.1 – 3 ustawy Pzp dotyczący wymaganych w ofercie jądłospisów został podniesiony po terminie i tym samym zarzut ten został pozostawiony przez Izbę bez rozpoznania związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdza dodatkowo, że takiej analogii nie można zastosować w odniesieniu do dokumentów dotyczących wezwania z pisma z dnia 14.03.2014 r. i uzyskanych wyjaśnień przy piśmie z dnia 17.03. 2014 r., albowiem ustawa Pzp w procedurze badania ofert nie przewiduje „sztywnych” terminów, w których konieczne jest dokonanie takich czynności.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje dotyczące warunku z pkt V.c.2. [wymaganie dotyczące kuchni], a także naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie tego warunku, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że ewentualny wybór oferty Odwołującego skutkować będzie unieważnieniem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na cenę tej oferty i brak możliwości zwiększenia środków finansowych do ceny tej oferty.

Tym samym Zamawiający nie mógł zasadnie powoływać się na brak legitymacji procesowej wykonawcy do wniesienia odwołania wymaganej przepisem art. 179 ust.1 ustawy Pzp, jak również na dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, stanowiącą o braku wpływu stwierdzonego naruszenia przepisu ustawy Pzp na wynik postępowania.

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten nie podlega on uwzględnieniu.

W tym przypadku, Izba - mając na uwadze wniosek wykonawcy z dnia 1 kwietnia 2014 r. - stwierdziła, że Odwołujący żądał tylko udostępnienia oferty wykonawcy Impel i tym samym twierdzenie wykonawcy i zarzut, co do bezpodstawnej odmowy udostępnienia korespondencji prowadzonej w dniu 14 marca 2014 r. i 17 marca 2014 r. z przystępującym wykonawcą jest nieuprawniony.

Przede wszystkim Odwołujący nie udowodnił, że w dniu 1 kwietnia 2014 r. żądał oprócz oferty także innych dokumentów, w tym pisma wykonawcy Impel dnia 17.03.2014 r. jak i załączonej do tego pisma umowy z dnia 18.12.2014 r.

W tym miejscu Izba podkreśla, że w myśl art. 190 ust.1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania są obowiązani - zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności obowiązującą w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą - wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Izba zauważa także, że udostępnienie Odwołującemu spornych dokumentów w dniu 15 kwietnia 2014 r. wraz z odpowiedzią na odwołanie czyniło zarzut braku ujawnienia umowy dzierżawy z dnia 18.12.2012 r. bezprzedmiotowym.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie warunku z pkt V.c.2. specyfikacji Izba zwraca uwagę, że w związku z wymaganym pkt VI d. specyfikacji Wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy (...) wykonawca Impel zamieścił informację o podstawach dysponowania kuchnią, wskazując (poz.1), jako podstawę dysponowania: „umowa dzierżawy – do dnia 17 stycznia 2017 r.”

Zatem żądanie uzupełnienia przez wykonawcę Impel – na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp – jego oferty o pisemne zobowiązanie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im, Św. Barbary w Sosnowcu o oddaniu temu wykonawcy zasobu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (...) na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia wraz z dokumentami (...) - nie było uzasadnione, albowiem wykonawca Impel nie deklarował w ofercie przy realizacji tego przedmiotu zamówienia korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w rozumieniu ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba stwierdza, że Zamawiający w przypadku wątpliwości miał prawo żądać spornej umowy dzierżawy, bądź wyjaśnień treści tej umowy, co do prawnych możliwości w dacie złożenia oferty zawarcia w tej ofercie oświadczenia wykonawcy o dysponowaniu kuchnią Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im, Św. Barbary w Sosnowcu dla potrzeb realizacji także przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Izby sporna umowa dzierżawy z dnia 18 grudnia 2012 r., nie rozstrzyga wątpliwości, co do możliwości [w zakresie wymaganym w pkt V.c.2 siwz] dysponowania kuchnią wskazanego Szpitala, w dniu w którym upłynął termin składania ofert.

Przedłożona do wyjaśnień umowa dzierżawy w związku z jej § 1 ust.4 oraz w związku z pismem Szpitala z dnia 14.04.2014 r. nie rozstrzyga, czy wykonawca Impel w dacie składania oferty mógł powoływać się na dysponowanie kuchnią Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu bez uprzedniej zgody tego Szpitala.

Izba podkreśla, że powzięcie przez zamawiającego - także w przypadku błędnego wezwania - informacji wywołujących uzasadnione wątpliwości, co do potwierdzenia spełniania warunku przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, powinno być

zweryfikowane przez zamawiającego, aż do czasu zawarcia umowy, albowiem wybór wadliwej oferty i zawarcie umowy skutkuje, chociażby uprawnieniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia z wnioskiem do sądu o unieważnienie takiej umowy.

Izba zwraca uwagę, że pismo Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 5 im. Św. Barbary w Sosnowcu z dnia 14.04.2014 r. nie mogło być uznane przez Izbę za dowód bezpośredni.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że umowa dzierżawy podpisana została przez Dyrektora Szpitala, a wyjaśnień, co do jej treści [interpretacji § 1 ust.4] dokonywał p.o. z - cy dyrektora ds. Lecznictwa.

Wnoszący odwołanie w tym przypadku nie przedstawił dowodu, że podpisująca wyjaśnienia osoba była umocowana do interpretowania w imieniu Szpitala postanowień spornej umowy.

W toku ponownego badania ofert wykonawca zatem, pod rygorem wykluczenia go z postępowania, powinien dowieść, że na gruncie tej umowy taka zgoda nie była wymagana lub też, że taka zgoda najpóźniej w dacie składania oferty została wyrażona.

W konkluzji Izba stwierdza, że – w tak ustalonym stanie faktycznym - podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest zasadny, albowiem wykonawca Impel nie potwierdził w zaskarżonym zakresie warunku z pkt V.c.2. specyfikacji.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając 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).

.....