

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 3 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 3 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum CATERMED S.A., REBUS Sp. z o.o., D..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GASTROMODUŁ – D..... P....., z siedzibą lidera: ul. Siemaszki 15A, 31-201 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dziecięcy Szpital Kliniczny, ul. Chodźki 2, 20-093 Lublin,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Vendi Servis Sp. z o.o., N4B Sp. z o.o. ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2000/12 po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum CATERMED S.A., REBUS Sp. z o.o., D..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GASTROMODUŁ – D..... P....., z siedzibą lidera: ul. Siemaszki 15A, 31-201 Kraków** uiszczonej 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Dziecięcy Szpital Kliniczny w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego: „Przetarg nieograniczony na usługi żywienia.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 lipca 2012 r., numer ogłoszenia 2012/S144-240953.

W dniu 10 września 2012 r. odwołujący, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsorcjum CATERMED S.A., REBUS Sp. z o.o., D..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GASTROMODUŁ – D..... P....., otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – przedstawiona polisa ubezpieczenia nie spełnia warunków określonych w siwz, ponieważ przedmiotem postępowania są zarówno usługi żywienia jak i dzierżawa sprzętu i pomieszczeń, a wykonawca nie wykazał wymaganego poziomu ubezpieczenia w odniesieniu do szkód wyrządzonych w ruchomościach i nieruchomościach osób trzecich. W rezultacie zamawiający jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum Vendi Servis Sp. z o.o., N4B Sp. z o.o. (dalej zwane „Konsorcjum Vendi”).

Odwołujący w dniu 20 września 2012 r. wniósł odwołanie wobec powyższych czynności, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do należytej staranności przy badaniu oferty odwołującego, a co za tym idzie może wykluczyć odwołującego z postępowania,
- art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Vendi jako najkorzystniejszej zamiast oferty odwołującego,
- art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania,
- z ostrożności: art. 22 ust. 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, dot. procentu zatrudnianych osób niepełnosprawnych,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Vendi, choć jest ona niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wymogu dot. procentu zatrudnianych osób

niepełnosprawnych,

- art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Vendi do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej, a następnie wykluczenia wykonawcy z uwagi na niespełnienie warunku dot. sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum Vendi z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dot. ilości zatrudnianych osób niepełnosprawnych oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, odrzucenia oferty Konsorcjum Vendi z uwagi na jej niezgodność z treścią siwz w zakresie wymagania dot. ilości zatrudnianych osób niepełnosprawnych, dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 3 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku zamawiający zażądał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Z przedłożonego dokumentu (np. polisy, dowodu opłacenia składki) musi jednoznacznie wynikać, że składka została opłacona.

Jak wynika z powyższego, zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu ograniczył się w zasadzie do powtórzenia przepisu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), dodając jedynie informację co do wymaganej sumy ubezpieczenia nie niższej niż 3 000 000 zł na jedno i wszystkie zdarzenia. Zamawiający, definiując przedmiot ubezpieczenia, wskazał jedynie, że ma być to ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W ocenie odwołującego w świetle opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 9 do SIWZ), a przede wszystkim w świetle postanowień Załącznika nr 7 do SIWZ, zawierającego wzór

umowy na usługi żywienia w Dziecięcym Szpitalu Klinicznym w Lublinie oraz postanowień Załącznika nr 8 do SIWZ, zawierającego wzór umowy dzierżawy pomieszczeń i sprzętu Działu Żywienia, tylko i wyłącznie co do usług żywienia w Dziecięcym Szpitalu Klinicznym w Lublinie można stwierdzić, że stanowią one przedmiot zamówienia, tj. świadczenia, które wykonawca będzie spełniał na rzecz zamawiającego za określone w umowie wynagrodzenie (cenę). Dzierżawa pomieszczeń i sprzętu Działu Żywienia nie stanowi jakichkolwiek usług, dostaw, robót budowlanych czy w ogóle jakichkolwiek świadczeń, które wykonawca będzie wykonywał na rzecz zamawiającego za określone w umowie wynagrodzenie (cenę). Zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ wydzierżawiającym pomieszczenia Działu Żywienia wraz z wyposażeniem jest zamawiający, dzierżawcą jest natomiast wykonawca. Odpowiednio do powyższego to wykonawca (dzierżawca) płaci zamawiającemu (wydzierżawiającemu) czynsz dzierżawny oraz ponosi miesięczne koszty zużycia mediów (zgodnie z § 8 ust. 1 i 2 Załącznika nr 8 do SIWZ). Nie jest zatem tak, że zamawiający nabywa tutaj rzeczy, prawa czy inne dobra na podstawie umowy dzierżawy, co mieściłoby się w ustawowej definicji „dostawy”, zawartej w art. 2 pkt 2 Pzp, lecz to wykonawca na podstawie umowy dzierżawy nabędzie prawo do używania pomieszczeń i sprzętu Działu Żywienia i pobierania pożytków z tego tytułu.

Generalnie, w świetle przepisów ustawy Pzp, o zamówieniu publicznym można mówić tylko i wyłącznie w przypadku umów odpłatnych zawieranych między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, przy czym podmiotem świadczącym usługi, dostawy lub roboty budowlane jest wykonawca, a podmiotem płacącym cenę (wynagrodzenie) jest zamawiający. Umowa dzierżawy pomieszczeń i sprzętu Działu Żywienia nie mieści się w zakresie definicji zamówienia publicznego, a tym samym przedmiot tej umowy nie sposób uznać za przedmiot zamówienia. Również płacona z tytułu dzierżawy cena (czynsz dzierżawny) nie odpowiada definicji ceny w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku umowy dzierżawy pomieszczeń i sprzętu Działu Żywienia kupującym jest wykonawca, który płaci cenę (czynsz dzierżawny) zamawiającemu, który przedsiębiorcą nie jest. W ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie mamy do czynienia ze stanem faktycznym, w którym przedmiotem zamówienia są wyłącznie usługi żywienia w Dziecięcym Szpitalu Klinicznym w Lublinie, natomiast niejako przy okazji zamawiający zawiera z wykonawcą umowę dzierżawy pomieszczeń i sprzętu Działu Żywienia. Nie oznacza to jednak w żadnym wypadku, że dzierżawa sprzętu i pomieszczeń stanowi przedmiot zamówienia. Mamy tutaj bowiem do czynienia z dwiema odrębnymi umowami, nie tylko pod względem formalnym (osobne Załączniki do SIWZ), ale również merytorycznym, całkowicie różny jest bowiem ich przedmiot

i tylko co do umowy na usługi żywienia można stwierdzić, że jest to umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wymóg ubezpieczenia się wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej od prowadzonej działalności został przewidziany tylko i wyłącznie w umowie na usługi żywienia. Mianowicie w § 10 ust. 2 Załącznika nr 7 do SIWZ „Wzór umowy na usługi żywienia w Dziecięcym Szpitalu Klinicznym w Lublinie”, Analogicznego postanowienia brak jest w Załączniku nr 8 do SIWZ „Wzór umowy dzierżawy pomieszczeń i sprzętu Działu Żywienia”. W przypadku umowy dzierżawy pomieszczeń i sprzętu Działu Żywienia zamawiający w § 6 ust. 1 wymaga tylko i wyłącznie, aby: „Dzierżawca ubezpiecza przedmiot dzierżawy od wszelkich ryzyk we własnym zakresie i na własny koszt. Kserokopia polisy stanowi załącznik do niniejszej umowy. Dzierżawca przedstawi Wydzierżawiającemu opłaconą polisę najpóźniej do 3 dni od dnia podpisania umowy pod rygorem rozwiązania umowy”.

Odwołujący wskazał również, że Wspólny Słownik Zamówień (CPV), zawierający nazwy i kody, które stosuje się do opisu przedmiotu zamówienia, w ogóle nie przewiduje nazw i kodów dla zamówień polegające na przyjmowaniu w dzierżawę nieruchomości i ruchomości, co potwierdza stanowisko odwołującego, że dzierżawa pomieszczeń i sprzętu Działu Żywienia nie może stanowić przedmiotu zamówienia. Skoro dzierżawa sprzętu i pomieszczeń nie stanowi przedmiotu zamówienia, to nawet gdyby odwołujący nie posiadał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w tym zakresie, byłoby to bez znaczenia w świetle postawionego warunku udziału w postępowaniu, w którym wymagano ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że gdyby nawet przyjąć, iż dzierżawa sprzętu i pomieszczeń stanowi przedmiot zamówienia, to i tak przedstawiona przez odwołującego polisa OC nr PO/00452621/2011 potwierdza spełnianie warunku. Zamawiający, definiując przedmiot ubezpieczenia, wskazał jedynie, że ma być to ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Żadnych innych dodatkowych wymagań zamawiający w tym zakresie nie postawił, w szczególności nie wskazał żadnych szczegółowych ryzyk ubezpieczeniowych, które polisa miałby obejmować. Zamawiający w ogóle nie wymagał, aby polisa obejmowała szkody wyrządzone w nieruchomościach czy ruchomościach osób trzecich.

Odwołujący podkreślił, iż bez wątpienia zachodzi ścisły związek pomiędzy ubezpieczoną działalnością odwołującego a przedmiotem zamówienia. Jak wynika z treści przedstawionej przez odwołującego polisy OC nr PO/00452621/2011, ubezpieczona działalność to: przygotowywanie

i dostarczanie posiłków dla odbiorców zewnętrznych, prace modernizacyjno-adaptacyjne kuchni. Jednocześnie w ww. polisie wskazano, że przedmiot ubezpieczenia to ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia z włączeniem OC za produkt/usługę, klauzul dodatkowych oraz - szkód spowodowanych zatruciami pokarmowymi; - szkód osobowych, powstałych z przeniesienia choroby zakaźnej (warunki szczególne). Odnosząc powyższe do przedmiotu zamówienia, którym niewątpliwie jest świadczenie kompleksowych usług całodziennego żywienia dla pacjentów Dziecięcego Szpitala Klinicznego, nie budzi wątpliwości, że powyższy zakres zamówienia jest tożsamy z ubezpieczoną działalnością odwołującego. Ponadto, przedstawiona polisa opiewa na sumę ubezpieczenia 10.000.000 zł na jedno i wszystkie zdarzenia (czyli o 7 mln zł więcej niż zamawiający wymagał) i co do usług żywienia nie zawiera żadnych sublimitów, a zatem bez wątpienia spełnia również dodatkowe wymagania zamawiającego postawione w siwz. Polska Klasyfikacja Działalności (PKD) nie przewiduje, podobnie jest CPV, działalności polegającej na przyjmowaniu w dzierżawę nieruchomości i ruchomości, a zatem taka działalność gospodarcza nie może być zarejestrowana.

Odwołujący zarzucił ponadto, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Vendi z postępowania, pomimo że Konsorcjum Vendi nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał też odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Konsorcjum Vendi, choć jest ona sprzeczna z treścią siwz. Wskazał, że Konsorcjum Vendi nie dołączyło do oferty oświadczenia o spełnieniu warunku polegającego na umożliwieniu ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wyłącznie wykonawcy, u którego ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego - oświadczenie takie zostało złożone wyłącznie przez jednego członka Konsorcjum Vendi, tj. przez Spółkę N4B Sp. z o.o. Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2012r., w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Konsorcjum Vendi do uzupełnienia tego dokumentu, w terminie do dnia 17 sierpnia 2012r., do godz. 13:00. Konsorcjum Vendi nie zachowało jednak formy pisemnej uzupełnionego dokumentu, gdyż złożone oświadczenie zostało przesłane wyłącznie faksem. Ponadto Konsorcjum Vendi nie potwierdziło spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, gdyż zostało złożone oświadczenie potwierdzające spełnienie warunku na dzień 17 sierpnia 2012r., a termin składania

ofert minął 8 sierpnia 2012r.

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum Vendi z powodu nie wykazania spełniania warunku dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, po ewentualnym uprzednim wezwaniu Konsorcjum Vendi do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku. Odwołujący podkreślił, że zamawiający dostrzegając rzekome braki w polisie odwołującego nie dostrzega ich w polisie Konsorcjum Vendi - przedstawiona przez Konsorcjum Vendi polisa nr 908200103717 nie zawiera w przedmiocie i zakresie ubezpieczenia klauzuli OC najemcy ruchomości ani też klauzuli OC najemcy nieruchomości. Ponieważ w polisie przedstawionej przez Konsorcjum Vendi zakres ubezpieczenia nie został zmodyfikowany poprzez zastosowanie odpowiednich klauzul (tj. Klauzuli Nr 9 - Szkody w nieruchomościach, z których Ubezpieczający korzystał na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użyczenia, leasingu lub innej umowy o podobnym charakterze i Klauzuli nr 10 - Szkody w nieruchomościach, z których Ubezpieczający korzystał na podstawie umowy najmu, dzierżawy, użyczenia, leasingu lub innej umowy o podobnym charakterze), uznać należy, że polisa ta nie obejmuje ubezpieczenia ruchomych lub nieruchomości, z których Ubezpieczający korzystał m.in. na podstawie umowy odpowiedzialności cywilnej za szkody związane z uszkodzeniem, zniszczeniem lub utratą rzeczy dzierżawy.

W ocenie odwołującego czynności i zaniechania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu stoją w jaskrawej sprzeczności z normami art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że na szereg wezwań do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum Vendi przedłożyło dokumenty drogą faksową, zaś na oryginałach dokumentów brak jest prezentaty. Brak jest również w dokumentacji postępowania jakiegokolwiek informacji w jakim terminie wpłynęły do zamawiającego uzupełnienia w formie pisemnej. Również i w książce pocztowej zamawiającego brak jest informacji o przyjęciu przesyłki od Konsorcjum Vendi. I tak:

- a) w odniesieniu do wezwania z dnia 09 sierpnia 2012r. Konsorcjum Vendi dokonało drogą faksową uzupełnienia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego. W dokumentacji postępowania znajduje się oryginał dokumentu, który nie jest opatrzony datą wpływu do zamawiającego;
- b) w odniesieniu do wezwania z dnia 20 sierpnia 2012r. Konsorcjum Vendi dokonało uzupełnienia wykazu usług (doświadczenia), lecz brak jest adnotacji, czy zakreślony przez zamawiającego termin został dochowany – brak oznaczenia daty wpływu dokumentu do zamawiającego.



Odwołujący podniósł, że brak odnośnych adnotacji w księdze korespondencyjnej oraz w protokole postępowania, a także na odnośnych dokumentach stanowi naruszenie podstawowych zasad prowadzenia zamówienia publicznego.

Konsorcjum Vendi skutecznie zgłosiło w dniu 21 września 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 2 października 2012 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 28 września 2012 r.), w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

W dniu 2 października 2012 r. Konsorcjum Vendi złożyło pismo do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (pismo z dnia 2 października 2012 r.), w którym przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż uczestnik postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 2 lit.b Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....