

WYROK

z dnia 7 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o., 90-924 Łódź, al. Politechniki 3a** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji, 91-520 Łódź, ul. Okólna 181**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji, 91-520 Łódź, ul. Okólna 181** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o., 90-924 Łódź, al. Politechniki 3a** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji, 91-520 Łódź, ul. Okólna 181** na rzecz wykonawcy **SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o., 90-924 Łódź, al. Politechniki 3a** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonywanie posiłków dla pacjentów przebywających w obiektach szpitalnych mieszczących się w Łodzi i Tuszynie oraz dostarczania ich do oddziałów szpitalnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 października 2012 roku pod poz. 2012/S 202 - 332402.

W dniu 14 grudnia 2012 roku odwołujący - Serenissima Polska Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego z dnia 5 grudnia 2012 roku polegającej na unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne oraz odrzuceniu oferty odwołującego.

Zaskarżonym czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Serenissima Polska Sp. z o.o. w Łodzi, pomimo że treść oferty złożonej przez wykonawcę pozostawała w zgodzie ze wszelkimi wymogami SIWZ, zaś odwołujący się wykonawca wykazał się wszelkimi niezbędnymi dokumentami, wskazującymi na spełnianie określonych w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie:

- naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających, spełnianie przez wykonawcę kryteriów przedmiotowych SIWZ, przy uznaniu, iż wykonawca nie złożył jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego,

a w konsekwencji:

- naruszenie art. 91 ust. 1 pkt. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez unieważnienie przetargu, na skutek wadliwego uznania, iż w postępowaniu nie złożono jakiegokolwiek oferty nie podlegającej odrzuceniu, pomimo złożenia takiej oferty przez Serenissima Polska Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności zamawiającego unieważnienia przetargu i odrzucenia oferty Serenissima Polska Sp. z o.o.

- powtórzenia czynności Zamawiającego oceny oraz wyboru ofert,

ewentualnie:

- wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia dokumentu potwierdzającego, iż wykonywane przez niego usługi i dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, w postaci zezwolenia wydanego przez właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego na podstawie Ustawy z dnia 25.08.2006 r. o Bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. 171 poz. 1225) potwierdzające, że kuchnia w której będą przygotowane posiłki spełnia konieczne wymagania higieniczno - sanitarne w zakresie produkcji posiłków dla odbiorców zewnętrznych.
- dokonania wyboru oferty Serenissima Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Odwołujący złożył następujące wnioski dowodowe:

- dopuszczenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania przetargowego, w tym szczególności ofert złożonych przez Serenissima Polska Sp. z o.o. zobowiązując zamawiającego do jej przesłania, na okoliczność treści zaskarżonej czynności zamawiającego, jej niezgodności z prawem oraz interesu prawnego wykonawcy w zaskarżeniu czynności zamawiającego, z punktu widzenia złożenia najkorzystniejszej oferty nie podlegającej odrzuceniu oraz zagrożenia poniesienia szkody w związku z niezgodną z prawem czynnością zamawiającego,
- poświadczony odpisu postanowienia Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Łodzi z dnia 7 listopada 2012 r. PPIS-Ł-IIIŻ-4622-2531d/12, o sprostowaniu oczywistej omyłki pisarskiej w treści decyzji z dnia 26 października 2011 r., na okoliczność wykazania przez wykonawcę, iż wykonywane przez niego usługi i dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, odwołujący powołując się na posiadanie legitymacji czynnej do złożenia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp) podniósł, że zamawiający określając w pkt 5.3 obowiązek przedłożenia dokumentu potwierdzającego dysponowanie pomieszczeniem kuchennym spełniającym wymogi higieniczno - sanitarne, w zakresie produkcji posiłków dla podmiotów zewnętrznych, nie określił, iż na datę składania ofert grupa podmiotów zewnętrznych na rzecz których może dojść do świadczenia usług ma obejmować skonkretyzowaną grupę podmiotów (w tym wypadku pacjentów szpitala). Tym samym wskazanie dokonane w treści SIWZ nie pozwalało na przyjęcie, iż kuchnia wykonawcy położona w Łodzi przy ul. Politechniki 3, nie spełnia określonego przez zamawiającego wymogu w zakresie produkcji posiłków dla podmiotów zewnętrznych, skoro zamawiający nie dookreślił grupy odbiorców zewnętrznych, na rzecz których ma dojść do wykonywania usług lub dostaw.

Po drugie, nie może ulegać najmniejszych wątpliwości, iż na dzień 7 listopada 2012 r. dysponował kuchnią umożliwiającą także świadczenie usług na rzecz podmiotów zewnętrznych będących pacjentami szpitala. Mieć bowiem należy na względzie, iż cechą instytucji sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej na gruncie art. 113 k.p.a. jest jej skuteczność *ex tunc*. Wadliwość nieistotna nie ma wpływu na ważność decyzji. Może ona polegać także na uchybieniach formy i treści, które powstają w wyniku pomyłek lub błędów przy tworzeniu tekstu. Usuwana jest wówczas przez instytucję rektyfikacji rozstrzygnięć, która obok zmiany i uchylenia decyzji w trybie art. 154 i 155 k.p.a. stanowi skutek wadliwość nieistotnej. Rektyfikacja decyzji administracyjnej obejmuje trzy rodzaje działań. Pierwsze jest regulowane w art. 113 k.p.a. i dotyczy sprostowania jawnych omyłek oraz błędów pisarskich i rachunkowych. Czynności tych dokonuje organ, który wydał decyzję, w formie postanowienia, bez ograniczenia terminem. Skutkiem tak podjętego działania rektyfikacyjnego, jest nadanie decyzji skutków prawnych już od chwili jej wydania (*ex tunc* - zob. np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 maja 2011 r. (I GSK 231/10)). Tym samym, uwzględniając treść postanowienia z dnia 7 listopada 2012 r., decyzja z dnia 26 października obejmowała możliwość świadczenia usług dla wszelkich grup podmiotów zewnętrznych - w tym pacjentów szpitalnych. Brak było zatem w sprawie niniejszej podstaw do przyjęcia, iż Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

W dalszej części odwołania, odwołujący odniósł się do kwalifikacji skutków nieprzedłożenia przez wykonawcę wymaganego przez zamawiającego dokumentu, w sytuacji przyjęcia, że złożony dokument nie był wystarczający. Wskazał, że w treści siwz, przedłożone dokumenty miały wskazywać na zdolność określonego wykonawcy do udziału w postępowaniu, z punktu widzenia dysponowania przez oferenta odpowiednim potencjałem technicznym (spełniania kryterium przedmiotowego udziału w postępowaniu), nie stanowiąc jednocześnie części oferty ani jej elementu. Wymagany dokument stanowił natomiast określony w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp dokument potwierdzający spełnianie, przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, sprecyzowany w § 5 pkt. 3 rozporządzenia Prezesa RM w sprawie rodzajów dokumentów(...) nie stanowiący jednak treści samej oferty, a w każdym razie uzupełnianym (zob. wyrok KIO w sprawie 296/12). Podkreślenia wymaga, iż dla oceny, czy w konkretnym stanie faktycznym znajduje zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 znaczenie rozstrzygające ma treść analizowanego dokumentu czy oświadczenia tj. ustalenie czy stanowi on treść oferty, czy też jest tzw. dokumentem przedmiotowym lub podmiotowym. Ustalenie to determinuje dalsze działania i umożliwia zastosowanie właściwych przepisów ustawy (tak też wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2010 r. - sygn. akt KIO/ UZP 381/10).

Zdaniem odwołującego, z uwagi na konstrukcję pkt 5. 3 siwz nie ulega wątpliwości, że zaświadczenie, o którym mowa w pkt. 5.3. nie stanowi treści oferty, a pozostaje niezbędnym z punktu widzenia przedmiotowych przesłanek udziału wykonawcy w postępowaniu.

Tym samym, jeżeli zamawiający z jakichkolwiek przyczyn uznał, iż dokument przedłożony przez Wykonawcę Odwołującego się, w postaci decyzji PPIS obejmującej kuchnię przy Al. Politechniki 3 w Łodzi - nie potwierdza spełniania tych warunków przez Serenissima Polska, winien obligatoryjnie wezwać Wykonawcę do uzupełnienia braku, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający złożył w toku rozprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Izba dopuściła z urzędu jako dowody w sprawie: dokumentację przedmiotowego postępowania złożoną przez zamawiającego w kserokopii poświadczoną za zgodność z oryginałem, w tym ofertę odwołującego a także postanowienie Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Łodzi z dnia 7 listopada 2012 roku o sprostowaniu oczywistej omyłki w decyzji z dnia 26 października 2011 roku.

W rozdziale 5 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W ramach tego warunku wykonawca zobligowany jest wykazać, że dysponuje pomieszczeniami kuchni spełniającymi wymogi dotyczące żywienia zbiorowego, w których mogą być przygotowywane posiłki dla odbiorców zewnętrznych (...). Zamawiający wskazał, że ocena spełniania tego warunku dokonana zostanie w oparciu o złożony dokument.

W pozycji „Informacja o zawartości oferty” zamawiający wskazał, że dokumentami składanymi wraz z ofertą są: załączniki – dokumenty wymienione w pkt 6.1 – 6.11 a także aktualne zezwolenie wydane przez właściwego Powiatowego Inspektora Sanitarnego na podstawie Ustawy z dnia 25.08.2006 r. o Bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. 171, poz. 1225 z poz. zm.) potwierdzające, że kuchnia w której będą przygotowane posiłki spełnia konieczne wymagania higieniczno - sanitarne w zakresie produkcji posiłków dla odbiorców zewnętrznych, oraz samochody, dopuszczone są do przewozu żywności.

Celem potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu odwołujący przedłożył wraz z ofertą decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Łodzi z dnia 26 października 2011 roku, w której zatwierdzono kuchnię cateringową w Łodzi, Al. Politechniki 3 do prowadzenia działalności w zakresie żywienia zbiorowe studentów: produkcji posiłków od surowca do gotowej potrawy oraz prowadzenie działalności cateringowej - liczba wywożonych posiłków - ok. 2500 porcji.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący jako podmiot, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu legitymuje się niewątpliwie interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może doznać uszczerbku polegającego na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, co do tego że zamawiający opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział 5 pkt 3 siwz) warunek udziału w postępowaniu jak również dokument, który miał potwierdzać jego spełnianie nie określił, że zezwolenie wydane przez właściwego Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzające, że kuchnia w której będą przygotowywane posiłki spełnia wymagania higieniczno- sanitarne ma dotyczyć ściśle określonej, skonkretyzowanej grupy podmiotów. Wymóg określony przez zamawiającego był sprecyzowany w sposób ogólny i dotyczył dysponowania pomieszczeniami kuchni spełniającymi wymogi dotyczące żywienia zbiorowego, w których mogą być przygotowywane posiłki dla dowolnej, nie sprecyzowanej bliżej grupy odbiorców zewnętrznych na rzecz której miała być wykonywana usługa produkcji posiłków. Izba podkreśla, że warunków udziału w postępowaniu nie można interpretować w sposób zawężający, który nie wynika z ich literalnego brzmienia a przy ich formułowaniu należy mieć na uwadze konieczność zapewnienia jak najszerszej konkurencji.

Stąd, w ocenie Izby, już złożona w ofercie odwołującego decyzja z dnia 26 października 2011 roku, zatwierdzająca kuchnię cateringową do prowadzenia działalności w zakresie żywienia zbiorowego studentów potwierdzająca możliwość produkcji posiłków od surowca do gotowej potrawy oraz prowadząca prowadzenie działalności cateringowej - liczba wywożonych posiłków -ok. 2 500 porcji spełnia wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dodatkowo wszelkie wątpliwości dotyczące zawężenia grupy odbiorców wyrażone w decyzji z dnia 26 października 2011 roku zostały w sposób jednoznaczny wyjaśnione w postanowieniu z dnia 7 listopada 2012 roku, w którym Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny w Łodzi dokonał z urzędu sprostowania oczywistej omyłki w decyzji z dnia 26 października 2011 roku w ten sposób, że w sentencji decyzji zamiast zdania: „zatwierdza kuchnię cateringową w Łodzi, Al. Politechniki 3 do prowadzenia działalności w zakresie żywienia zbiorowe studentów: - produkcji posiłków od surowca do gotowej potrawy, - prowadzenia działalności cateringowej - liczba wywożonych posiłków – ok. 2 500 porcji”, wprowadził zdanie: „zatwierdza kuchnię cateringową w Łodzi, Al. Politechniki 3 do prowadzenia działalności w zakresie: - produkcji posiłków od surowca do gotowej potrawy, - prowadzenia działalności cateringowej - liczba wywożonych posiłków – ok. 2 500 porcji”. W ten sposób Powiatowy Inspektor Sanitarny w Łodzi jednoznacznie zatwierdził kuchnię cateringową do prowadzenia działalności w zakresie produkcji posiłków od surowca do gotowej potrawy bez określenia konkretnej grupy odbiorców. Sprostowanie dokonane dnia 7 listopada 2012 roku odnosi skutek ex tunc, co oznacza, że odnosi ono skutek na dzień wydania decyzji z dnia 26 października 2011 roku. Nie ulega zatem wątpliwości, że uwzględniając treść postanowienia z dnia 7 listopada 2012 roku decyzja z dnia 26 października 2011 roku obejmowała możliwość świadczenia usług dla wszelkich grup podmiotów zewnętrznych.

Izba podzieliła także stanowisko odwołującego co do charakteru spornego dokumentu – zezwolenia potwierdzającego, że kuchnia w której będą przygotowywane posiłki spełnia wymagania higieniczno- sanitarne. Z treści i konstrukcji specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że zezwolenie Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego miało na celu potwierdzenie przez wykonawcę dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co wynika z brzmienia rozdziału 5 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zatem sam zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że sporny dokument ma stanowić potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji w przypadku braku tego dokumentu lub w sytuacji, gdyby dokument ten zawierał błąd znalazłaby zastosowanie w tym zakresie dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Mając jednak na uwadze wcześniej przedstawione rozważania a przede wszystkim to, że zamawiający jest w posiadaniu decyzji z dnia 26 października 2011 roku oraz postanowienia z dnia 7 listopada o sprostowaniu tej decyzji, Izba uznała za bezcelowe nakazanie zamawiającemu dokonania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu.

Z uwagi na to, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowaniu, Izba działając w oparciu o art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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: