

Sygn. akt: KIO 1096/11

WYROK
z dnia 7 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2011 r. przez wykonawcę Vendi Servis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zagórz przy udziale ISS Facility Services spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Vendi Servis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Vendi Servis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego Vendi Servis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Warszawa - Praga.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*sporządzanie i dostawę posiłków dla pacjentów*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia została ustalona na kwotę 1.900.305 zł (496.3025,42 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 marca 2011r., pod nr 2011/S 59-095758.

Odwołujący w dniu 17 maja 2011 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu Jego oferty, zaś w dniu 26 maja 2011r. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- wykluczeniu Odwołującego z postępowania.
- odrzuceniu oferty Odwołującego,
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ISS Facility Services Sp. z o.o. w Warszawie. Odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez bezprawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą;
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty ISS, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż z Części III pkt 1 lit. a SIWZ wynika, iż każdy wykonawca winien wykazać się posiadaniem pięciu dokumentów:

1. Wpisu do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej dotyczącego kuchni w której przygotowywane będą posiłki.
2. Wpisu do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej dotyczącego kuchni rezerwowej.

3. Decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu prowadzącego działalność związaną z produkcją i obrotem żywnością w zakresie przygotowania posiłków od surowca do gotowej potrawy, dotyczącej kuchni w której przygotowywane będą posiłki.

4. Decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu prowadzącego działalność związaną z produkcją i obrotem żywnością w zakresie przygotowania posiłków od surowca do gotowej potrawy, dotyczącej kuchni rezerwowej.

5 Protokół ostatniej kontroli powiatowej Stacji Sanitarno - Epidemiologicznej - w przypadku tego dokumentu nie określono której kuchni ma on dotyczyć - czy kuchni, w której przygotowywane będą posiłki jak czy też kuchni rezerwowej.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Zamawiający zażądał jedynie złożenia dokumentów (Część IV pkt 1 SIWZ):

- Aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji sanitarnej lub inny dokument potwierdzający w sposób wystarczający przedmiotowy wpis (np. decyzja o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji sanitarnej) - bez sprecyzowania o którą kuchnię chodzi,

- Decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu prowadzącego działalność związaną z produkcją i obrotem żywnością w zakresie przygotowania posiłków od surowca do gotowej potrawy dotycząca kuchni, w której będą przygotowywane posiłki oraz tzw. kuchni rezerwowej.

Odwołujący podał, że z ostrożności złożył wszelkie dokumenty, których nazwa wymieniona została w treści SIWZ, nie bacząc na to czy były one żądane na potwierdzenie spełniania warunków udziału czy też nie. W dniu 6.05.2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wymieniając w treści wezwania cały warunek udziału w postępowaniu określony w Części III pkt 1 lit. a SIWZ; w treści wezwania nie sprecyzowano dokładnie, o które dokumenty chodzi Zamawiającemu oraz z jakich przyczyn wykonawcę wezwano do ich uzupełnienia. Odwołujący stanął zatem przed koniecznością uzupełnienia dokumentów, które już zostały złożone w ofercie. W dniu 10.05.2011 r. do siedziby Zamawiającego zostały dostarczone dodatkowe dokumenty - tj. protokół kontroli sanitarnej i zaświadczenie o wpisie na kuchnię rezerwową. Co istotne, dokumenty te nie były wymagane w Części IV pkt 1 SIWZ a więc w wykazie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 11.05.2011 r. Odwołujący otrzymał kolejne wezwanie do uzupełnienia tych samych dokumentów, dodatkowo kolejnym zarzutem stał się „*brak decyzji zmieniającej*” w stosunku do dokumentu potwierdzającego dopuszczenie do przewozu posiłków samochodem Fiat Ducato WZ 5948A. Wezwanie to po raz kolejny nie precyzowało z jakich powodów Zamawiający

uznał złożone w ofercie dokumenty za wadliwe; Odwołujący nie był w stanie stwierdzić, czy któryś z dokumentów nie został potwierdzony za zgodność z oryginałem, czy jego treść wzbudza wątpliwości Zamawiającego, czy jest nieczytelny, niekompletny lub z jakichkolwiek innych powodów nie potwierdza spełniania warunków udziału. Wobec powyższego w dniu 12.05.2011 r. Odwołujący po raz kolejny złożył komplet dokumentów wystawionych przez służby sanitarne. W dniu 17.05.2011 r. Odwołujący został wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona, zaś jako przyczynę podano nie złożenie szeregu dokumentów, po raz kolejny przepisując warunek udziału w postępowaniu, nie precyzując, które dokumenty nie zostały wg Zamawiającego złożone.

Odwołujący podkreślił, że przyczyna wykluczenia go z postępowania nie jest zgodna ze stanem faktycznym - żądane przez Zamawiającego dokumenty zostały złożone kilkakrotnie w przedmiotowym postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ISS Facility Services sp. z o.o. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sporną w sprawie jest kwestia spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, opisanego w części III pkt 1 a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którego udokumentowanie spełnienia winno nastąpić w sposób opisany w części IV pkt 1 specyfikacji.

W części III pkt 1 a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, przy czym warunek uznany zostanie za spełniony jeśli „Wykonawca wykaże się zgodnie z art. 61 i 62 ustawy o bezpieczeństwie

żywności i żywienia z dnia 25 sierpnia 2006.(Dz. U. z 2010r.NR 136,poz.914 z późn. zm.), posiadaniem aktualnego wpisu do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej oraz decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu prowadzącego działalność związaną z produkcją i obrotem żywnością w zakresie przygotowania posiłków od surowca do gotowej potrawy (warunek dotyczący kuchni w której będą przygotowywane posiłki oraz tzw. kuchni rezerwowej), protokół ostatniej kontroli powiatowej Stacji Sanitarno - Epidemiologicznej. W przypadku Wykonawców, którzy rozpoczęli działalność gospodarczą przed wejściem w życie w/w ustawy - co najmniej posiadaniem decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu prowadzącego działalność związaną z produkcją i obrotem żywnością w zakresie przygotowania posiłków od surowca do gotowej potrawy (warunek dotyczący kuchni w której będą przygotowywane posiłki)".

W części IV pkt 1 (oświadczenia oraz dokumenty wymagane w postępowaniu, potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu) specyfikacji Zamawiający podał, że na potwierdzenie spełnienia opisanego wyżej warunku udziału w postępowaniu należy złożyć: „aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej lub inny dokument potwierdzający w sposób wystarczający przedmiotowy wpis (np. decyzja o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej) oraz decyzja Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu prowadzącego działalność związaną z produkcją i obrotem żywnością w zakresie przygotowania posiłków od surowca do gotowej potrawy dotycząca kuchni, w której będą przygotowywane posiłki oraz tzw. kuchni rezerwowej”.

W tym miejscu podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem zmierzającym do osiągnięcia skutku rozpatrywanego na gruncie prawa cywilnego, to jest wyłonienia wykonawcy i zawarcia z nim umowy. Ewentualne niedoskonałości tego postępowania oraz niezgodności ze schematem ukształtowanym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pozostałymi przepisami dotyczącymi tego postępowania uwzględniane są na zarzut zainteresowanego, podniesiony w trybie środków ochrony prawnej w odpowiednim terminie. Kształt postępowania o zamówienie publiczne nadany przez ustawodawcę zakłada, że na czynności i zaniechania zamawiającego, a także na brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu przysługuje odwołanie, w rezultacie którego dopuszczalna jest korekta niezgodnych z przepisami prawa postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy. Odwołujący jak również inni wykonawcy nie kwestionowali opisanego wyżej brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie składali odwołań co do treści ogłoszenia lub specyfikacji. Termin na wniesienie odwołań w tym zakresie (dziesięciodniowy od dnia ogłoszenia lub zamieszczenia specyfikacji) także już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia. Zasady i warunki postępowania uregulowane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniem o zamówieniu publicznym zostały zatem ostatecznie ukształtowane. Ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia zostały podane do wiadomości w dniu 25 marca 2011r. i nie podlegały w tym zakresie odwołaniu. Z tego też względu należy uznać, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia stała się dla wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia jak i zamawiającego wiążąca. Rzeczą wykonawców było złożenie wymaganych – opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów, lub w – w razie wątpliwości co do znaczenia postanowień specyfikacji – zadanie pytań rozwiewających te wątpliwości.

Bezspornym jest zatem, że wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, winni byli wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu złożyć takie dokumenty i w takim zakresie, jak zostało to opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zakresie zarówno kuchni, w której będą przygotowywane posiłki jak i kuchni rezerwowej należało *złożyć decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu prowadzącego działalność związaną z produkcją i obrotem żywnością w zakresie przygotowywania posiłków od surowca do gotowej potrawy* – wynika to wprost z wymagania opisującego wymagane dokumenty (część IV ust. 1 specyfikacji - w części końcowej). Wymaganie o tej samej treści – jednoznacznie postawione wobec kuchni podstawowej, w której będą przygotowywane posiłki jak i kuchni rezerwowej zawarto także w części III ust. 1 a) specyfikacji. Powyższe przyznał także Odwołujący, wymieniając na podstawie postawionych w przedmiotowym postępowaniu warunków pięć dokumentów, jakie

należało złożyć, wyraźnie dostrzegając obowiązek złożenia decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu (tak kuchni podstawowej jak i rezerwowej) w zakresie przygotowywania posiłków od surowca do gotowej potrawy. Powyższe wskazuje, że warunek został właściwie, zgodnie z jego literalnym brzmieniem odczytany przez Odwołującego.

Podstawą dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych przez Odwołującego dokumentów, skutkującej wykluczeniem Odwołującego był – jak ustalono na rozprawie - zakres decyzji Państwowej Inspekcji Sanitarnej w sprawie zatwierdzenia zakładu – kuchni rezerwowej, zlokalizowanej przy ul. Wołoskiej 137 w Warszawie, tj. brak wskazania w złożonej przez Odwołującego decyzji z dnia 14 kwietnia 2011 r. (str. 40-43 oferty), że zatwierdzenie obejmuje produkcję potraw „*od surowca do gotowej potrawy*”, a przeciwnie, że z decyzji złożonej przez Odwołującego wprost wynika, że zatwierdzenie obejmuje proces tylko „*od półproduktu do wyrobu gotowego*”.

Analizy zatem wymagała decyzja złożona przez Odwołującego w celu udokumentowania spełnienia postawionego warunku, tj. decyzja Państwowego Inspektora Sanitarnego MSWiA na obszarze Województwa Mazowieckiego z dnia 14 kwietnia 2011 r. nr MAZ-1943-861-1/36/11 w przedmiocie zatwierdzenia „*1. Produkcji potraw od półproduktu do wyrobu gotowego z użyciem dezynfekowanych jaj świeżych. 2. Przygotowywania i wydawania napojów gorących. 3. Serwowania dań i napojów na naczyniach wielokrotnego użytku z zapewnieniem sprawnego mycia i dezynfekcji. 4. Sprzedaży artykułów spożywczych w opakowaniach jednostkowych. 5. Prowadzenie usług cateringowych dla odbiorców zewnętrznych.*”

Z decyzji tej nie wynika spełnienie postawionego przez Zamawiającego warunku, w części, która stawia wymaganie zatwierdzenia zakładu w zakresie przygotowywania posiłków od surowca do gotowej potrawy. W decyzji wskazano – co trafnie dostrzegł Zamawiający – zakres węższy, to jest obejmujący produkcję potraw od półproduktu do wyrobu gotowego. Nie podzielono w tym zakresie stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym złożona decyzja potwierdza spełnienie warunku, bowiem pojęcie surowca jest tożsame z pojęciem „półprodukt”, szczególnie że Zamawiający nie sformułował definicji „surowca” na użytek przedmiotowego postępowania. Dostrzeżenia w tym miejscu wymagało, że oba terminy, nawet w potocznym języku posiadają odmienne znaczenia. Nadto, na gruncie przedmiotowego postępowania, Zamawiający konstruując omawiany warunek udziału w postępowaniu (część III ust. 1 a) specyfikacji) odesłał do regulacji dotyczących bezpieczeństwa żywności i żywienia w odniesieniu do wszystkich wymaganych dokumentów (wpisu do rejestru, decyzji o zatwierdzeniu zakładu i protokołu ostatniej kontroli). Z treści ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. Nr 171, poz.

1225) z dnia a także rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 29 maja 2007 r. w sprawie wzorów dokumentów dotyczących rejestracji i zatwierdzania zakładów produkujących lub wprowadzających do obrotu żywność podlegających urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji (Dz.U.07.106.730) wynika, że wpis zakładu do rejestru zakładów, zatwierdzenie zakładu, wpis do rejestru zakładów, dokonanie zmian w rejestrze zakładów, wykreślenie zakładu z rejestru zakładów odbywa się w na wniosek zainteresowanego, przy czym powołane wyżej rozporządzenie określa wzory wniosków dla tych czynności. Wniosek każdorazowo zawiera obligatoryjny element, to jest określenie rodzaju żywności będącej przedmiotem produkcji lub obrotu. Wydawana w następstwie takiego wniosku decyzja administracyjna, tak jak sporna decyzja o zatwierdzeniu kuchni rezerwowej Odwołującego, określa zakres zatwierdzonej produkcji żywności lub obrotu. Nie jest zatem właściwym wnioskowanie, że bez znaczenia pozostają użyte w tej decyzji sformułowania i że można im przypisać na tyle elastyczne znaczenie, że można je odnosić do pojęć potocznych czy też rozumieć szeroko. Wobec faktu, że wnioskodawca określa każdorazowo rodzaj żywności będącej przedmiotem produkcji lub obrotu, wskazanie w sentencji dokładnego zakresu zatwierdzonych czynności należy traktować dosłownie. Użycie w decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego MSWiA na obszarze Województwa Mazowieckiego z dnia 14 kwietnia 2011 r. nr MAZ-1943-861-1/36/11 w przedmiocie zatwierdzenia zakresu produkcji żywności oraz jej obrotu, wyraźnego i precyzyjnego wskazania, że właściwy organ dokonał zatwierdzenia „*produkcji potraw od półproduktu do wyrobu gotowego z użyciem dezynfekowanych jaj świeżych*” nakazuje wnioskować, że tylko ten zakres (cykl produkcji żywności od półproduktu do wyrobu gotowego) został zatwierdzony. Powyższe oznacza zarazem, że decyzja nie obejmuje swym zakresem zatwierdzenia produkcji żywności w innym zakresie, w tym od innej postaci wyjściowej (surowców) aniżeli wyraźnie podana w jej sentencji. Nie jest także tak – jak wywodził Odwołujący na rozprawie – że z uzasadnienia decyzji (str. 1 uzasadnienia decyzji) wynika zakres pozwalający uznać za spełniony postawiony warunek, skoro wymieniono w niej mięso, ryby warzywa oraz wskazano „dostawy surowców”. Uzasadnienie decyzji, mimo wskazania w jej treści, że „*dostawy surowców będą odbywać się odrębnym wejściem od strony zaplecza*” nie wskazuje, by zakresem zatwierdzenia objęty był cykl produkcji żywności inny aniżeli ujęty w jej sentencji, to jest od półproduktu do wyrobu gotowego. Kontekst tego sformułowania nie wskazuje by dotyczył on zakresu zatwierdzonej produkcji żywności.

Wniosek odmienny nie wynika także z analizy pozostałych dokumentów złożonych przez Odwołującego w postępowaniu, jak protokołu kontroli sanitarnej z 4 kwietnia 2011 r., zaświadczenia o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej MSWiA na obszarze woj. Mazowieckiego z dnia 14 kwietnia

2011 r., dotyczących kuchni przy ul. Wołoskiej 137, ani nawet z decyzji zmieniającej decyzję o zatwierdzeniu punktu dostawy i dystrybucji posiłków dowożonych w systemie cateringowym dla pacjentów zlokalizowanego przy ul. Wołoskiej 137 w zakresie rozszerzenia działalności o przewóz wskazanym w niej pojazdem (decyzja z 15 marca 2011 r.). W dokumentach tych powtarzana jest formuła analogiczna jak w decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego MSWiA na obszarze Województwa Mazowieckiego z dnia 14 kwietnia 2011 r. nr MAZ-1943-861-1/36/11 w przedmiocie zatwierdzenia zakresu produkcji żywności oraz jej obrotu; albo wprost jest wskazane że dokumenty dotyczą „*produkcji potraw od półproduktu do wyrobu gotowego z użyciem dezynfekowanych jaj świeżych*” albo ogólnie dokumenty te nawiązują do funkcjonowania punktu dostawy i dystrybucji posiłków, lub stołówki. Nie sposób zatem także wywieść na podstawie całokształtu dokumentów dotyczących kuchni przy ul. Wołoskiej 137, by użyty w sentencji decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego MSWiA na obszarze Województwa Mazowieckiego z dnia 14 kwietnia 2011 r. nr MAZ-1943-861-1/36/11 w przedmiocie zatwierdzenia zakresu produkcji żywności oraz jej obrotu, zakres „*od półproduktu do gotowego wyrobu*” miał charakter ogólny i jedynie kierunkowy, zaś w rzeczywistości obejmował zakres szerszy – w tym wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – proces produkcji żywności od surowca do gotowej potrawy.

Z tego powodu nie uznano, by Odwołujący wykazał spełnienie postawionego warunku, a ocenę Zamawiającego dokonaną w powyższym zakresie uznano za poprawną i mającą umocowanie w złożonych przez Odwołującego dokumentach.

Przyjęto dalej, w kontekście argumentacji zamieszczonej w odwołaniu, że dwukrotnie wystosowane przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów nie były na tyle ogólnymi i pozbawionymi uzasadnienia a także wskazania niedoskonałości złożonych przez Odwołującego dokumentów, by można je uznać za iluzoryczne i w istocie uniemożliwiające zastosowanie się do wezwań a w konsekwencji – uzupełnienie dokumentów, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego. O ile bowiem można wysnuć taki wniosek w odniesieniu do wezwania z dnia 6 maja 2011 r. L.dz. 939/2011, o enigmatycznej treści: „*Zgodnie z art. 26 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów Cz. III p. 1 a SIWZ*”, to już kolejne wezwanie – datowane na 11 maja 2011 r. L.dz. 1000/2011 pozwala wywnioskować, jakie braki w ofercie Odwołującego dostrzegł Zamawiający na etapie badania i oceny oferty. W wezwaniu tym wskazano bowiem: „*Zgodnie z art. 26 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów Cz. III p. 1 a SIWZ tj. aktualnego wpisu do Rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej oraz decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu prowadzącego*

*działalność związaną z produkcją i obrotem żywnością w zakresie przygotowania posiłków od surowca do gotowej potrawy (warunek dotyczący kuchni w której będą przygotowywane posiłki oraz tzw. **kuchni rezerwowej**) (...)*". W świetle brzmienia powyższego wezwania, wykonawca – jego adresat nie powinien mieć wątpliwości, w jakim zakresie złożone przez niego dokumenty uznane zostały za niedoskonałe i w jakim zakresie należy je uzupełnić.

Podkreślenia bowiem wymaga, że to na wykonawcy ciąży obowiązek i inicjatywa wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Każdy z elementów postawionego warunku, niezakwestionowany w odpowiednim czasie i trybie (poprzez złożenie odwołania wobec brzmienia specyfikacji), należy uznać za istotny z punktu widzenia Zamawiającego, skoro został objęty warunkiem. Wynika to z istoty warunku udziału w postępowaniu, jako z natury istotnego z punktu widzenia wykonania zamówienia, warunkującego pewne i niezakłócone wykonanie zamówienia przez wykonawcę (zasada proporcjonalności i adekwatności postawionych warunków w odniesieniu do przedmiotu zamówienia).

Tak więc ta część opisu warunku udziału w postępowaniu, postawionego w części III ust. 1 a) oraz części IV ust. 1 specyfikacji, w której wymaga się zarówno wobec kuchni podstawowej jak i rezerwowej złożenia *decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu w zakresie przygotowywania posiłków od surowca do gotowej potrawy* objęta była obowiązkiem wykazania przez wykonawcę uczestniczącego w przedmiotowym postępowaniu. Warunek w tej mierze jest czytelny i jednoznaczny, zaś wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w dniu 11 maja 2011 r. (jakkolwiek zawierające niewłaściwie wskazaną podstawę prawną) wyraźnie nawiązujące do niewykazanej części warunku, z zaakcentowaniem – poprzez wyboldowanie – że dotyczy to kuchni rezerwowej pozwalało na sprostanie wymaganiom Zamawiającego i uczynienie zadość wezwaniu. Powyższe skutkowało uznaniem, że nie dopatrzone się podstaw do nakazania ponownego wezwania Odwołującego do złożenia omawianego dokumentu.

Jakkolwiek przyjmuje się, że wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu w postępowaniu powinno mieć miejsce tylko raz, to jednak podkreśla się w orzecznictwie, że dopuszczalne jest ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, jeśli uprzednio wystosowane wezwanie było na tyle ogólnym, że nie dawało realnej szansy na odczytanie intencji zamawiającego i poznanie dostrzeżonych niedoskonałości złożonych dokumentów (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2010 r. w spr. KIO/UZP 31/10 a także wyrok z 16 stycznia 2008 r. w spr. 1530/08, z dnia 19 maja 2011r. w spr. KIO 954/11). W analizowanej sprawie pierwsze z wezwań do uzupełnienia dokumentów - to datowane 6 maja 2011 r., poprzez swą zdawkowość, a w istocie wskazanie jedynie jednostki redakcyjnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiadającej postawionemu warunkowi udziału w postępowaniu, nie spełnia opisanych postulatów. Nie można tego jednak powiedzieć o drugim wezwaniu, z dnia 11 maja 2011 r.

Powyżej przytoczone okoliczności skutkowały uznaniem, że nie zachodzą okoliczności przemawiające za ponownym wezwaniem Odwołującego do złożenia spornych dokumentów, a dokonana przez Zamawiającego czynność oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu – jest prawidłową.

Nie zmienia powyższej oceny fakt, że zawiadomienie z dnia 17 maja 2011 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty jest na relatywnie wysokim poziomie ogólności i nie pozwala jednoznacznie wywieść przyczyn tej decyzji, w szczególności tego, czy powodem takiej oceny było nieprzedłożenie dokumentów dotyczących kuchni podstawowej czy też rezerwowej, skoro w piśmie tym mowa o obu obiektach. Przeprowadzone na rozprawie postępowanie pozwoliło ustalić motywy, którymi kierował się Zamawiający, zaś złożone wraz z ofertą a także uzupełnione na dwukrotne wezwanie Zamawiającego dokumenty pozwoliły na zweryfikowanie decyzji Zamawiającego, w tym na rzeczowe ustosunkowanie się przez Odwołującego do decyzji Zamawiającego. Zakres informacyjny uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego – w kontekście uprzednio wystosowanych wezwań do uzupełnienia dokumentów - pozwolił Odwołującemu prowadzić rzeczową polemikę z argumentami, które przemawiały za wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem jego oferty, czego wyrazem jest choćby złożenie wystarczająco uzasadnionego odwołania. Ogólne uzasadnienie dokonanej przez Zamawiającego decyzji, jakkolwiek nie zasługuje na aprobatę, pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania.

Podobnie, należało dostrzec, na co zwrócił także uwagę Odwołujący, że treść warunku udziału w postępowaniu (część III ust. 1 a specyfikacji) wyszczególniająca wymagane dokumentu nie jest spójna z tą częścią specyfikacji, która mówi o dokumentach, jakie wykonawcy muszą złożyć na potwierdzenie spełnienia postawionych warunków (część

IV ust. 1 specyfikacji) – wykaz dokumentów wyliczonych przy opisie warunku jest bogatszy (choćby o protokół ostatniej kontroli Powiatowego Inspektora Sanitarnego) od tego, który zasadniczo służy do określenia, jakie dokumenty należy złożyć, to jest części tytułowanej „oświadczenia i dokumenty wymagane w postępowaniu (...)”. Powyższa niedoskonałość działania Zamawiającego, jakkolwiek wpływająca na przejrzystość i zdolność do realizacji celu informacyjnego specyfikacji, w przedmiotowym postępowaniu pozostawała bez znaczenia: sporna w sprawie część warunku (dotycząca *decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w sprawie zatwierdzenia zakładu prowadzącego działalność związaną z produkcją i obrotem żywnością w zakresie przygotowywania posiłków od surowca do gotowej potrawy*) posiada brzmienie identyczne w obu jednostkach redakcyjnych specyfikacji, nie było zatem przesłanek do rozstrzygnięcia ewentualnych wątpliwości, będących wynikiem niejasności i braku precyzji specyfikacji na rzecz wykonawców. Niemniej, zgodzić się należało, że takie ukształtowanie postępowania należy uznać za nieprawidłowe: jedną kwestią jest opis warunków udziału w postępowaniu, odrębną zaś – wykaz dokumentów, jakich Zamawiający oczekuje dla wykazania spełnienia tego warunku. Wszystkie wymagane przez Zamawiającego w postępowaniu dokumenty, jakie wykonawcy mieli złożyć, powinny znaleźć się w jednej jednostce redakcyjnej specyfikacji – tej, która mówi o wymaganych dokumentach i oświadczeniach wymaganych w postępowaniu.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się – podniesione w odwołaniu – zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą a także art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Uwzględniono wniosek Zamawiającego o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika opiewający na kwotę 4.428,00 zł jedynie do kwoty 3.600,00 zł, jako wysokości wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia

Przewodniczący: