Sygn. akt: KIO 2017/17 POSTANOWIENIE
z dnia 3 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 3 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 26 i Jol-Mark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu ul. Dworcowa 22** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii z siedzibą w Bystrej** ul. J. Fałata 2

postanawia :

1. **Umorzyć postępowanie,**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 26 i Jol-Mark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu ul. Dworcowa 22** 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 2017 r., poz.1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w

Krakowie.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt KIO 2017/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów Centrum Pulmonologii i Torakochirurgii w Bystrej", numer referencyjny 29/EZP/380/NP/4/2017, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 30 czerwca 2017 roku, pod numerem 2017/S 123 - 249716.
W dniu 14 września 2017r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.
W dniu 25 września 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi ul. Traktorowa 26 i Jol-Mark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu ul. Dworcowa 22 wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw z dnia 25 września 2017r. udzielonych: przez Vendi Servis i podpisanego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji i przez Jol-Mark i podpisanego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do reprezentacji, zgodnie z odpisami z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 25 września 2017r.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy i w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w rozdziale 5 ust. 3 pkt 2 pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: siwz), a więc tego że dysponuje lub będzie dysponował odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym osobą posiadającą kwalifikacje dietetyka, tj. osobą posiadającą tytuł zawodowy dietetyka lub tytuł zawodowy technika technologii żywienia w specjalności dietetyka, co wprost wynika z oświadczenia wykonawcy i dokumentu złożonego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo iż wykonawca nie wykazał spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, co wprost wynika z oświadczenia wykonawcy i dokumentu złożonego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, ewentualnie
3) art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, ewentualnie

4) art. 26 ust. 2f ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów w celu wykazania tego, że wykonawca spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu
5) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wobec wyboru oferty wykonawcy, pomimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, co wynika wprost z oświadczenia tego wykonawcy i złożonego dokumentu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:
a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
b) wykluczenia z postępowania wykonawcy - Konsorcjum firm: DGP Catering Partner Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., SEBAN sp. z o.o. i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą;
c) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Odwołujący wskazał, że przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, jego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy i wybrał ofertę wykonawcy jako ofertę najkorzystniejszą, co stanowi o naruszeniu przepisów ustawy.

W dniu 30 czerwca 2017 roku zamawiający zamieścił w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu na „Świadczenie usługi i dostarczania posiłków dla pacjentów i przygotowywania Centrum Pulmonologii Torakochirurgii w Bystrej. Termin składania ofert mijał w dniu 7 sierpnia 2017 roku.

Zamawiający w rozdziale 5 („Warunki stawiane wykonawcom ubiegającym się o zamówienie") ust. 2 pkt 2 siwz określił, jako warunek udziału w postępowaniu: „W zakresie warunku dysponowania zdolnością techniczną i zawodową zapewniającą wykonanie zamówienia zamawiający wymaga, aby wykonawca potwierdził, że dysponuje lub będzie dysponował odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym: osobą posiadającą kwalifikacje dietetyka tj. osobą posiadającą tytuł zawodowy dietetyka lub uzyskała tytuł zawodowy technika technologii żywienia w specjalności dietetyka".

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał (rozdział 12 ust. 1 pkt g siwz) złożenia „wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia odpowiedzialnych za realizację zamówienia, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami wykonawca złożył ofertę zawierającą formularz JEDZ, ale niezawierający

wszystkich informacji w części IV - Kryteria kwalifikacji. Pismem z dnia 11 sierpnia 2017 roku zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia formularza JEDZ w części IV. W dniu 14 sierpnia 2017 roku wykonawca przedłożył uzupełniony w części IV formularz JEDZ. W pkt 2 części C wykonawca wskazał osobę skierowaną do realizacji zamówienia - „D. S. - Dietetyk". W dniu 1 września 2017 roku zamawiający wezwał wykonawcę, w trybie art. 26 ust 1 ustawy, do złożenia w terminie do 11 września 2017 roku, aktualnych na dzień złożenia, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, w tym m.in. do przedłożenia wykazu osób zawierającego informacje określone w rozdziale 12 ust. 1 pkt g siwz.

W dniu 8 września 2017 roku wykonawca złożył pismo wraz z dokumentami. Wykonawca przedłożył wykaz osób - wykazując D. S., jako osobę o kwalifikacjach dietetyka. Jednocześnie w podstawie dysponowania tą osobą wykonawca wskazał „oświadczenie*". Wykonawca przedłożył dwa oświadczenia D. S.: pierwsze z 4 sierpnia 2017 roku, a drugie z 5 września 2017 roku:
wykonawca wyjaśnił, że w dniu 4 sierpnia 2017 roku, D. S. złożyła oświadczenie, iż zobowiązuje się podjąć współpracę z wykonawcą w zakresie niezbędnym do realizacji ww. zamówienia." Natomiast w dniu 5 września 2017 roku D. S. złożyła wykonawcy oświadczenie, że „z uwagi na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia gospodarcze i wynikające z tego faktu obowiązki służbowe, jak również z przyczyn osobistych, nie jest możliwe podjęcie z wykonawcą realnej współpracy w ramach ww. zamówienia, a tym samym zawarcie umowy zlecenia. Wykonawca wyjaśnił w piśmie zamawiającemu, że Konsorcjum firm nie udało się nawiązać współpracy z innym podmiotem posiadającym wymazane w siwz zdolności zawodowe (kwalifikacje)".
Do dnia 11 września 2017 roku (termin wyznaczony przez zamawiającego) wykonawca nie złożył żadnych innych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą posiadającą kwalifikacje dietetyka.
Pomimo jednoznacznej informacji od wykonawcy, że nie dysponuje D. S. - jako osobą posiadającą kwalifikacje dietetyka oraz że nie udało mu się nawiązać współpracy w tym zakresie z żadną inna osobą posiadająca takie kwalifikacje - zamawiający zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i wybrał jego ofertę, jako najkorzystniejszą.
Działanie zamawiającego jest nieprawidłowe.
Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami:
• art. 25a. ust. 1 ustawy: Do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ust. 2: Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na

---

podstawie art. 11 ust. 8, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu.
• art. 26. ust. 1 ustawy: zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym,
nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.
Odwołujący odwołał się także do orzecznictwa - z wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 707/16, wyroku KIO z dnia 9 maja 2017 r., KIO 785/17 czy w wyrokach: z dnia 26 maja 2016 roku, KIO 966/15; z dnia 19 grudnia 2016 roku, KIO 2270/16; z dnia 5 stycznia 2017 r., KIO 2334/16.
Zamawiający nie wziął pod uwagę, że na dzień 8 września 2017 roku oświadczenie wykonawcy zawarte w JEDZ o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobą o kwalifikacjach dietetyka było już nieaktualne. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy wprost oświadczył, że żadną osobą o wymaganych kwalifikacjach nie dysponuje. wykonawca nie zmienił swojego oświadczenia o niedysponowaniu wymaganą osobą do dnia 11 września 2017 roku (do końca terminu wyznaczonego do złożenia dokumentów). Samo oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zawarte w JEDZ nie potwierdza spełnienia tych warunków, jeśli następnie zamawiający powziął wiadomość, iż oświadczenie to jest nieaktualne. Wykonawca nie złożył w trybie art. 26 ust. 1 ustawy aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a wręcz przeciwnie — złożył oświadczenie i dokument, z którego wynika wprost niespełnienie tego warunku.
Odwołujący podniósł również, że wykonawca nie wykazał także, aby dysponował osobą o wymaganych kwalifikacjach (D. S.) na dzień składania ofert. Oświadczenie, które złożyła D. S. z dnia 4 sierpnia 2017 roku nie potwierdzało, aby wykonawca dysponował tą osobą. Oświadczenie było bowiem ogólnikowe, nie zawierało klauzuli o jego nieodwołalności, a zatem mogło być w każdym momencie odwołane. Oświadczenia tego nie można traktować jako podstawy do dysponowania osobą na potrzeby realizacji zamówienia publicznego. Niezależnie od tego oświadczenie to na dzień składania dokumentów przez wykonawcę w

trybie art. 26 ust. 1 ustawy (8 września 2017 roku) było już nieaktualne i nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zostało odwołane oświadczeniem z dnia 5 września 2017 roku).
Zdaniem odwołującego brak jest podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów: Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia

---

postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlezą odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
W przedmiotowej sprawie dokumenty na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy zostały przez wykonawcę złożone, dokumenty są kompletne, nie zawierają błędów i nie budzą wątpliwości. Dokumenty te jednak nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
Brak jest zatem podstaw do wzywania wykonawcy w w/w trybie, tym bardziej, że - niezależnie, czy wykonawca złożyłby nowe aktualne dokumenty - nie zachował ciągłości spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest nie spełniał warunków udziału w postępowaniu od dnia 5 września 2017 roku, co sam wyraźnie oświadczył. Powyższe jednoznaczne oświadczenie wykonawcy powoduje, że zbędne i niezasadne jest także wzywanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 2f ustawy.
Odwołujący zatem postawił w niniejszym odwołaniu zarzuty zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jedynie z daleko idącej ostrożności.
W dniu 14 września 2017 roku zamawiający wybrał, jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę wykonawcy, którego oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu było wadliwe, a nadto nieaktualne na dzień składania dokumentów zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. wykonawca sam oświadczył i wykazał to zamawiającemu. Zamawiający zignorował oświadczenie i dokument przedłożone przez wykonawcę. Takie postępowanie zamawiającego stanowi wprost o naruszeniu uczciwej konkurencji i nierównym potraktowaniu tych wykonawców, którzy w sposób rzetelny wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu i oświadczenie w tym przedmiocie pozostawało i pozostaje aktualne.
Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.
Zamawiający w dniu 25 września 2017r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając informację na stronie internetowej wraz z kopią odwołania.
W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne przystąpienie.
W dniu 2 października 2017r. zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości. Oświadczenie zostało podpisane przez osobę umocowaną do reprezentacji zamawiającego.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki wynikające z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.
Izba oceniła, że odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, a tym samym wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

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

stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, a zatem umorzenie postępowania było możliwe i konieczne.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm. z 2017 poz. 47).

Przewodniczący: ……