Sygn. akt: KIO 2629/13

WYROK
z dnia 26 listopada 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2013 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pralnia Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ulicy Aleja Wincentego Witosa 26, 45-418 Opole (Pełnomocnik); DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chory w Rybniku z siedzibą w Rybniku przy ulicy Gliwickiej 33, 44-201 Rybnik

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obcią a wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pralnia Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ulicy Aleja Wincentego Witosa 26, 45-418 Opole (Pełnomocnik); DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pralnia Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu przy ulicy Aleja Wincentego Witosa 26, 45-418 Opole (Pełnomocnik); DGP DOZORBUD GRUPA POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Seban Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2629/13

UZASADNIENIE

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Państwowy Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chory w Rybniku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Usługi pralnicze* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 sierpnia 2013 roku pod numerem 2013/S 150-261217.

31 października 2013 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z ze zmianami; dalej: „Pzp" lub „ustawa")

12 listopada 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy wnosi odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności tj. dokonania wykluczenia Odwołującego i zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą przez Zamawiającego

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 Ustawy, Odwołujący wskazał, e odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowaniu, polegających na naruszeniu:
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez bezpodstawne uznanie, i oferta Odwołującego podlegała

ponownemu badaniu, uznanie, i Odwołujący podał nieprawdziwe informacje oraz bezpodstawne wskazanie, i miało to wpływ na wynik postępowania,
- art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- art. 186 ust. 3 ustawy przez nie powtórzenie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z ądaniem zawartym w odwołaniu,
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy tj. TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie pomimo, i treść oferty była niezgodna z SIWZ,
- art. 87 ust 1 ustawy przez prowadzenie negocjacji dotyczących treści zło onej oferty,
- art. 91 ust. 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
- zaniechanie wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy
- uniewa nienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- odrzucenia oferty TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy ze względu na niezgodność treści oferty z treścią załącznika nr 1, stanowiącego Formularz oferty,
- wybór oferty Odwołującego.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w sposób bezsporny, gdy Odwołujący został pozbawiony mo liwości realizacji zamówienia publicznego na skutek wadliwie dokonanych przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert oraz nieprawidłowo zastosowanego art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy przez dokonanie bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego oraz art. 87 ust 1 ustawy przez doprowadzenie do sytuacji, w której doszło do faktycznego negocjowania treści oferty. Interes prawny Odwołującego wyra a się w tym, e w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu, poniewa jego oferta jest wa na i nie podlegała odrzuceniu, a w przypadku uwzględnienia odwołania jest ofertą najkorzystniejszą. Tym samym interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkody) w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego, objawiającego się w mo liwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków. Ponadto szkoda jakiej mo e doznać Odwołujący będzie wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił stanowisko:
Zamawiający 31 października 2013 roku zawiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. ul. Płk. S. Dąbka 16, 30-732 Kraków. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający 31 października 2013 roku dokonywał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, gdy wcześniej działając w oparciu o art. 186 ust. 3 ustawy uznał odwołanie, zło one przez Odwołującego 30 września 2013 roku, w którym to odwołaniu jako wniosek zostało sformułowane ądanie odrzucenia oferty TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze

względu na niezgodność treści oferty z treścią załącznika nr 1, stanowiącego Formularz oferty. Pomimo uznania odwołania, a więc przyznania, e istnieją przesłanki do odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. Nadto Zamawiający ponownie dokonał badania oferty Odwołującego pomimo, i wcześniej uznał, i oferta jest prawidłowa, a Wykonawca nie podlega wykluczeniu. Odwołujący wskazał, i przy dokonywaniu badania ofert Zamawiający nie był wobec niego decyzja uprawniony do ponownego

badania oferty Odwołującego, gdy
Zamawiającego związana z pierwszym wyborem z 19 września 2013 roku „uprawomocniła się". Podobne stanowisko zajęło KIO w wyroku o sygn. akt 2210/12 wskazując, i „W ocenie izby za nieuprawnione nale y uznać stanowisko, i skutki wniesienia środków ochrony prawnej odnoszą się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu". Z ostro ności procesowej Odwołujący podnosi, e nie zachodzą przesłanki zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy , gdy nie doszło do zło enia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący wskazał, i Zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia w Rozdziale VI pkt 1 lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) wskazał jedynie, e Wykonawcy mają posiadać wiedzę i doświadczenie. W Rozdziale VI pkt 2 SIWZ wskazał „opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu" tzn., e ocena
e w spełniania warunku nastąpi
na podstawie wykazu, w którym Wykonawca wyka e,
okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a je eli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych równie wykonuje, zamówienia/zamówienia polegające na świadczeniu usług pralniczych o łącznej wartości minimalnej brutto 500 000,00 PLN w skali roku, obejmujące co najmniej usługi prania wodnego, w tym jedna usługa to sama z usługą Zamawiającego, pranie i dzier awę oraz transport z podaniem rodzaju usług, wartości oraz daty i miejsca wykonania, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 6 do SIWZ. Do wykazu nale y dołączyć dokumenty potwierdzające, e usługi zostały wykonane lub są wykonywane nale ycie. Podkreślenia wymaga fakt, i zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzaju dokumentów, jakich mo e ądać zamawiający od wykonawcy oraz form,
w jakich te dokumenty mogą być składane w § 1 ust. 1 ustawodawca wskazuje,
e dokumentów Zamawiający mo e ądać jedynie „w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu", przy czym od dawna w orzecznictwie jest ugruntowane stanowisko, i obowiązkiem Zamawiającego jest najpierw zdefiniować
ądanie dokumentów na potwierdzenie jego warunek, a dopiero potem mo liwym jest
spełnienia. W analizowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie
przez wskazanie, e Wykonawca określił warunku udziału w postępowaniu inaczej ni

---

„posiada wiedzę i doświadczenie", a zatem w skutek braku zdefiniowania warunku udziału w postępowaniu w ogóle brak podstaw do ądania wykazu, w którym zostaną określone konkretne wartości czy te czynności związane z przedmiotem zamówienia. Mając na
Wykonawca posiada szeroko względzie powy sze, ka dy
wykaz z którego wynika, i
rozumianą wiedzę i doświadczenie stanowi potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji niezale nie od treści zawartych w wykazie, Wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia. Odnosząc się do samego zarzutu nieprawdziwości informacji, wskazuję, i przedło ony wykaz w istocie potwierdza spełnianie wymogu co do treści wykazu, na dowód czego przedkładam Umowę nr 58/U/pranie,dezynf.bielizny/ II/2012/13 z dnia 21.02.2013r., zawartą pomiędzy Specjalistycznym Szpitalem im. prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie a Konsorcjum, którego członkiem jest DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. Powy sza umowa obrazuje zakresu usługi określonej w pkt 1 wykazu. W § 1 ust. 2 umowy jednoznacznie wskazano, i „powy sza usługa będzie obejmowała kompleksowy zakres czynności gwarantujący wykonywanie specjalistycznych usług pralniczych z dezynfekcją bielizny szpitalnej, gospodarką materiałową, transportem, rozładunkiem i załadunkiem do magazynów Zamawiającego. Usługa prania z dezynfekcją obejmować będzie równie znakowanie bielizny szpitalnej w sposób uzgodniony z Zamawiającym, maglowanie, prasowanie i wszelkie czynności naprawcze, w tym szwalnicze oraz zakup nowej bielizny celem zapewnienia ciągłości dostaw bielizny szpitalnej dla Zamawiającego. W § 2 szczegółowo wskazano w jakich ilościach i asortymencie Wykonawca ma zakupić bieliznę celem realizacji umowy. W § 3 ust. 2 umowy sformułowano następujący obowiązek Wykonawcy: „W ramach ceny usługi Wykonawca jest zobowiązany

uzupełniać stany bielizny szpitalnej i gabarytów odpowiednio do poziomu zabezpieczającego ciągłe wykonywanie usługi - dostaw czystej bielizny szpitalnej do szpitala Zamawiającego przez cały okres trwania umowy. W/w uzupełnienia będą w dacie rozwiązywania umowy stanowić własność Wykonawcy i winny posiadać parametry funkcjonalno -u ytkowe odpowiednie do u ywania w warunkach szpitalnych zgodnie z przeznaczeniem producenta wyrobów." Dalej w § 3 ust. 6 zapisano, i Wykonawca będzie dostarczać pełen asortyment „czystej" bielizny w ilości zapewniającej ciągłość funkcjonowania komórek organizacyjnych szpitala (...) W § 11 wpisano następujące postanowienia umowne: „1. Strony umowy przeprowadzą wspólnie inwentaryzację zdawczo-odbiorczą bielizny szpitalnej Zamawiającego na dzień rozpoczęcia świadczenia usługi i zakończenia usługi objętej przedmiotem umowy. 2. Przekazanie Zamawiającemu bielizny szpitalnej zakupionej przez Wykonawcę na potrzeby realizacji niniejszej umowy nastąpi w oparciu o cenę jednostkową 1 zł/szt. Bez względu na asortyment, po rozwiązaniu niniejszej umowy". Z przytoczonych

zapisów umownych jednoznacznie wynika, i Wykonawca w ramach umowy obowiązany był do nabycia bielizny, która przez cały okres obowiązywania umowy stanowiła jego własność i dopiero po zakończeniu umowy miała zostać odsprzedana Zamawiającemu. Powy sze jednoznacznie wskazuje na okoliczność, i korzystanie z bielizny przez Zamawiającego w okresie obowiązywania umowy odbywało się na zasadzie dzier awy. W świetle przytoczonych fragmentów umowy dotyczących przedmiotu zamówienia zarzut podania nieprawdziwych informacji jest całkowicie bezpodstawny.
Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień przedło ył z ostro ności nowy wykaz wykonanych usług uzupełniając go o poz. 3 tj. usługę wykonywaną na rzecz Szpitalnego Centrum Medycznego w Goleniowie wraz z referencjami oraz umową najmu bielizny. Usługa ta miała wartość ponad 500 000 zł za cały trzyletni okres realizacji, odpowiadała jednak postanowieniom, co do wymaganej treści wykazu, w którym miały znaleźć się zamówienie/zamówienia polegające na świadczeniu usług pralniczych o łącznej wartości 500 00,00 zł, obejmujące wspólnie co najmniej usługi prania wodnego w tym jedna usługa miała być to sama z usługą Zamawiającego. W wykazie przedło onym przez Odwołującego znajdowały się 3 pozycje znacząco przekraczające rocznie wymagany próg 500 000,00 zł, z czego dwie były to same z usługą Zamawiającego, przy czym nawet je eli Zamawiający bezpodstawnie poddaje w wątpliwość zakres zamówienia wykonywanego dla Szpitala w Szczecinie, to i tak usługa dla Szpitala w Goleniowie stanowi jedną z usług, która ma być to sama z usługą Zamawiającego. W tym stanie rzeczy nale y stwierdzić, i Zamawiający nie postawił warunku udziału w postępowaniu w zakresie „dzier awy", Odwołujący w istocie wypełnił ądania, co do treści wykazu, co potwierdza treść umowy ze Specjalistycznym Szpitalem im. prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie, Odwołujący udowodnił, i gdyby warunek udziału w postępowaniu był postawiony skutecznie spełniałby go, chocia by przez świadczenie usługi wraz z najmem bielizny na rzecz szpitala w Goleniowie. Jednocześnie wskazuję, i Zamawiający nawet je eli podjął wątpliwość co do spełniania przez Odwołującego warunku, którego nie postawił winien był w pierwszej kolejności wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy. W świetle przedstawionego stanu faktycznego nale y jednoznacznie stwierdzić, i Odwołujący nie podał nieprawdziwych informacji, a ju z całą pewnością podane informacje nie miały wpływu na wynik prowadzonego postępowania.
W zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej przytaczam w całości argumentację zawartą w poprzednim odwołaniu oraz wskazuję, i Zamawiający naruszył art. 186 ust 3 ustawy

ądaniem zawartym w uwzględniając odwołanie i nie wykonując czynności zgodnie z
odwołaniu. Zamawiający w załączniku nr 2 zatytułowanym Oferta, stanowiącym załącznik do

% tj. SIWZ wpisał sformułowanie:
„Oferujemy ulgę PFRON w wysokości co najmniej ….

...zł". Wybrany Wykonawca TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zło ył Ofertę na druku wymaganym przez Zamawiającego, dokonując odręcznych poprawek

polegających na wykreśleniu słów „co najmniej" i zastąpieniu ich sformułowaniem „Oferujemy ulgę PFRON w wysokości do 20% tj. ...PLN". Powy sze jednoznacznie wskazuje, i Wykonawca nie spełnił wymogów Zamawiającego tj. nie zaoferował określonej ulgi PFRON zarówno poprzez wskazanie minimalnej wysokości procentowej ulgi jak i podaniu jej wysokości. Zamawiający pomimo, i treść oferty nie budziła wątpliwości dokonał wezwania do wyjaśnienia oferty. Wybrany Wykonawca dokonał w dniu 16.09.2013r. uzupełnienia oferty, przez wskazanie minimalnej wielkości procentowej ulgi PFRON tj. 4,5 %. Nie podał przy tym wymaganej SIWZ wielkości kwotowej. Wykonawca wyjaśnił tak e, i „Wpis, e oferujemy ulgę PFRON w wysokości do 20 % oznacza, e w przypadku mo liwości udzielenia ulgi wy szej ni 4,5 % taka ulga zostanie Zamawiającemu zaoferowana, jednak nie więcej ni 20 %. Brak deklaracji wyra onej w PLN wynika z faktu, e na tym etapie nie mo na określić kwoty faktur lub te całkowitej wartości zamówienia przez okres 36 miesięcy. Z doświadczenia wiemy, e będą to kwoty zmienne." Mając na względzie, i dyspozycja art. 87 ust. 1 ustawy jednoznacznie zakazuje prowadzenia negocjacji co do treści oferty czynność uzupełnienia oferty w tym przypadku o nową treść stanowi ra ące naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. Wykonawca przez zło enie wyjaśnień w istocie zmienił treść oferty. Podając zupełnie nową wartość procentową 4,5 % jako wartość minimalną ulgi PFRON, którą gwarantuje Zamawiającemu. Zaznaczyć nale y, i wartość ta nigdy nie pojawiła się w ofercie Wybranego Wykonawcy, a jej sprecyzowanie nastąpiło przez uzupełnienie treści oferty w wyniku odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień. Niezrozumiałym jest w kontekście przepisów art. 2 pkt. 6, art. 2a ust. 1, art. 3 ust. 1, art. 21, art. 22 ustawy z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721 ze zm.) oferowanie ulgi maksymalnej. Ta bowiem jest automatyzmem wynikającym z prawa i jest zale na od ilości zatrudnianych pracowników niepełnosprawnych. Zło enie w ofercie deklaracji, i ulga PFRON nigdy nie przekroczy 20 % jest w swojej treści deklaracją, i Wykonawca nie zwiększy zatrudnienia osób niepełnosprawnych powy ej pewnego poziomu. Taka oferta z punktu celu jakiemu ma słu yć ulga PFRON oraz celu jakim Zamawiający zamieścił jako kryterium oceny ofert wysokość tej ulgi stanowi sprzeczność ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa do ulgi PFRON oraz wręcz narusza prawo unijne, które jako priorytet określa podejmowanie działań zmierzających do aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych. Wprowadzenie w Formularz oferty określenia „do 20 %" było przez Wybranego Wykonawcę dokonane jedynie na potrzeby porównania ofert, gdy Zamawiający w kryterium oceny ofert, wskazał i za ulgę do 20 % będzie przyznawał 5 pkt.

Jednak e ofertę składa się nie w celu dokonywania jej badania lecz w celu zaoferowania wykonania zamówienia na określonych warunkach przy zachowaniu określonych stawek. Sformułowanie „do 20 %" jest w swej treści diametralnie odmienne od określenia „co najmniej 4,5 %", które nigdy w ofercie Wybranego Wykonawcy nie zostało sformułowane. Oferta nie posiadała więc wymaganych esentialia negotii, a zatem nie stanowiła oferty w rozumieniu art. 66 k.c. W tym stanie rzeczy oferta Wybranego Wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1pkt 2 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zwa yła, co następuje:

Izba ustaliła, e nie została wypełniona adna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem wniesionego w dniu 12 listopada 2013 roku odwołania a tak e Izba ustaliła, e została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, e zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a tak e innemu podmiotowi je eli ma lub miał interes*

w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub mo e ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz mo liwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a tak e stanowiska i oświadczenia Stron zło one ustnie do protokołu. Izba uwzględniła równie stanowisko Zamawiającego przedstawione w zło onym piśmie Zamawiającego z 21 listopada 2013 roku (wpływ – 25 listopada 2013 roku) *Odpowiedź Zamawiającego na*

odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obcią enie Odwołującego kosztami postępowania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), *Izba uwzględnia odwołanie, je eli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mo e mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, e odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez w związku z uznaniem przez Zamawiającego, e oferta Odwołującego podlegała ponownemu badaniu, uznanie, e Odwołujący podał nieprawdziwe informacje oraz bezpodstawne wskazanie, e miało to wpływ na wynik postępowania oraz naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, Izba uznała zaniechanie za niezasadne.

Izba ustaliła, e Zamawiający w SIWZ w rozdziale VI pkt 2 – *opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu* - ppkt b – *Posiadania wiedzy i doświadczenia* podał : *ocena spełniania tego warunku udziału w postępowaniu zostanie dokonana na zasadzie spełnia / niespełna na podstawie zło onego w ofercie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie dołączonego do oferty wykazu, w którym Wykonawca wyka e, e w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a je eli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych równie wykonuje, zamówienia/zamówienia polegające na* świadczeniu *usług pralniczych o łącznej wartości minimalnej brutto 500 000,00 PLN w skali roku, obejmujące co najmniej usługi prania wodnego, w tym jedna usługa to sama z usługą Zamawiającego, pranie i dzier awę oraz transport z podaniem rodzaju usług, wartości oraz daty i miejsca wykonania, na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 6 do SIWZ. Do wykazu nale y dołączyć dokumenty potwierdzające, e usługi zostały wykonane lub są wykonywane nale ycie.*

Odwołujący w ofercie zamieścił wykaz zgodny z załącznikiem nr 6 do SIWZ, w którym wskazał dwie usługi realizowane na rzecz: Specjalistycznego Szpitala im. Prof. Alfreda

Sokołowskiego w Szczecinie (1) oraz Publicznego Samodzielnego Zakładu Opieki zdrowotnej Wojewódzkie Centrum Medyczne w Opolu (2). Odwołujący załączył dokumenty potwierdzające nale yte wykonanie zamówienia. W wykazie w kolumnie *Opis potwierdzający spełnienie warunku opisanego w SIWZ / przedmiot zamówienia* dla wskazane pierwszej usługi (1) Odwołujący zawarł następujący opis: *Kompleksowe usługi pralnicze. Usługa prania z pełnym wykończeniem i napraw bielizny i ubrań szpitalnych, prania i dezynfekcji bielizny i gabarytów oraz usługa rentalu bielizny, ubrań i gabarytów. Wykonywanie specjalistycznych usług pralniczych z dezynfekcją bielizny szpitalnej, jej znakowaniem, naprawą, maglowaniem, prasowaniem, gospodarką materiałową oraz transportem, rozładunkiem i załadunkiem do magazynów Zamawiającego oraz najem pościeli i bielizny szpitalnej,*

czyszczenie chemiczne (np. asortymentu nienadającego się do prania wodnego).
W dokumencie z 13 maja 2013 roku zatytułowanym Opinia wydanym przez Specjalistyczny Szpitala im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie (1) *Dyrekcja Specjalistycznego Szpitala im. Prof. Alfreda Sokołowskiego potwierdza, e firma DGP Dozorbud Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy,* świadczy *dla szpitala usługę prania i dezynfekcji bielizny szpitalnej od sierpnia 2008 r.*

W ocenie Izby postępowanie Zamawiającego było uprawnione a czynności dokonane przez Zamawiającego są prawidłowe i zgodne z obowiązującymi przepisami. Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku, gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy.
Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy zło yli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielnie zamówienia na podstawie przywołanego powy ej przepisu mo e być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: zło enia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania mo e mieć charakter bezpośredni, gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni, gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla mo liwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 706/11). Przez podanie informacji nieprawdziwych, nale y rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn.

akt: KIO 1223/09). Izba wskazuje, e oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09).
Podkreślić nale y, e zgodnie z przewa ającym orzecznictwem sądowym i KIO nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozró nia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, e informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1778/09 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09).
W prawodawstwie europejskim (Dyrektywa 2004/18/WE - art. 45 ust. 2 lit. g) nakazuje się wykluczenie wykonawcy, je eli *„jest winny powa nego wprowadzenia w błąd”* a zastosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie mo na przeciwstawiać przepisu dyrektywy. Treść dyrektywy pozwoliła Państwu Członkowskiemu na implementację przepisów i ich uregulowanie w prawie krajowym przez określenie warunków wykonania postanowień dyrektywy. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą wykluczenia jest zło enie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się równie wykonawców, którzy: (…) zło yli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania).*
Zaznaczyć nale y równie , co jest niesporne w orzecznictwie, e ustawa nie przewiduje adnej mo liwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy, ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do zło enia innych informacji. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, określony w ustawie w art. 26 ust. 3, stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemo liwość wykazania na dzień składania ofert, e określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowania spełnia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 801/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011r. sygn. akt: KIO 706/11; Wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009r. sygn. akt: KIO 1778/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009r. sygn. akt: KIO 1223/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009r. sygn. akt: KIO 1004/09;).

Izba ustaliła, e pismem z 16 września 2013 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy o zło enie wyjaśnień dotyczących zło onych oświadczeń i dokumentów, bowiem ze zło onego przez Odwołującego załącznika nr 6 *Wykaz wykonanych lub nadal wykonywanych usług* oraz złączonych dokumentów nie wynika jednoznacznie, e świadczone usługi są to same z usługą Zamawiającego. W odpowiedzi Odwołujący pismem 18 września 2013 roku wyjaśnił, e usługa wskazana pod pozycją 1 (wykazu zawartego w ofercie) czyli usługa realizowana na rzecz Specjalistycznego Szpitala im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie jest *usługą to samą z usługą Zamawiającego tj. polega na* świadczeniu *kompleksowej usługi prania z dezynfekcją bielizny szpitalnej, transportem, rozładunkiem i załadunkiem do magazynów Zamawiającego oraz rentalem (tj. inaczej mówiąc dzier awą bądź najmem) pościeli i bielizny szpitalnej.* Jednocześnie, w tym samym piśmie, Odwołujący przedstawił jeszcze jedną usługę realizowaną na rzecz Szpitalnego centrum Medycznego w Goleniowie Sp. z o.o. (załączając „nowy wykaz usług" oraz dokumenty potwierdzające nale yte wykonanie dodatkowo wskazanej usługi).
Pismem z 23 października 2013 roku, Zamawiający zwrócił się do Specjalistycznego Szpitala im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie, zgodnie z ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich mo e ądać zamawiający być składane,* o *potwierdzenie wystawionej w dniu 13 maja 2013 roku opinii dla firmy DGP DOZORBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, a w szczególności wskazanie czy w/w firma* świadczyła *(…) wraz z praniem usługę dzier awy bielizny szpitalnej (pościel szpitalna).*
W odpowiedzi Specjalistyczny Szpital im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie poinformował pismem z 29 października 2013 roku: *Firma DGP Dozorbud nie* świadczyła *usługi rentalu oraz najmu pościeli i bielizny szpitalnej.*

Informacje zawarte w ofercie Odwołującego oraz uzyskane przez Zamawiającego na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego nie odpowiadają faktom ustalonym przez Zamawiającego w dalszym toku badania oferty – tym samym została wypełniona pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy. Badając spełnienie przesłanki wpływu informacji na wynik postępowania Izba wskazuje, e Zamawiający dokonując oceny badania ofert w pierwszej kolejności zobowiązany jest do oceny wykazanego przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym miejscu Zamawiający stwierdza czy informacje jakie zostały zło one są nieprawdziwe a następnie czy wykonawca spełnia opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunki udziału w postępowaniu. Niesporne w orzecznictwie KIO jest, e przy stwierdzeniu zło enia nieprawdziwych informacji

w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, je eli wykonawca potwierdził w innym miejscu spełnienie tego warunku, nie podlega on wykluczeniu (potwierdza taki stan rzeczy powołany przez Zamawiającego na rozprawie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 roku o sygn. akt XXIII Ga 416/11). Jednak e je eli na tym etapie weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało zło enie nieprawdziwych informacji a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach) to wykonawca podlega wykluczeniu i niemo liwym jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 ustawy nie wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu. Jednocześnie nale y zaznaczyć, co niesporne jest w orzecznictwie, e Zamawiający nie dokonuje oceny dokumentów nadesłanych przez wykonawcę bez wezwania do ich uzupełnienia i nie uwzględnia ich przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zło enie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miało wpływ na wynik postępowania, bowiem oferta tego wykonawcy, z dwóch ofert zło onych w postępowaniu,

zawierała ni szą cenę a w drugim z kryteriów oceny ofert wykonawcy nie uzyskaliby punktów (0% nie jest upustem).
W rozpoznawanym stanie faktycznym w ofercie Odwołującego zostały zło one nieprawdziwe informacje, co zostało potwierdzone w zło onej przez Specjalistyczny Szpital im. Prof. Alfreda Sokołowskiego w Szczecinie informacji, jednocześnie w ofercie tej nie znajdowały się dokumenty potwierdzające spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, dlatego te Zamawiający obowiązany był wykluczyć Odwołującego z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 3 ustawy przez nie powtórzenie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z ądaniem zawartym w odwołaniu, Izba wskazuje, e odwołanie nie przysługiwałoby od czynności wykonanych zgodnie z ądaniami zawartymi w poprzednio zło onym odwołaniu, wśród których mieści się uniewa nienie wyniku postępowania i dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Izba ustaliła, e Odwołujący wniósł 30 września 2013 roku odwołanie. Zamawiający pismem z 8 października 2013 roku uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 15 października 2013 roku wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (KIO 2324/13). Zamawiający uwzględniając odwołanie wskazał, e uniewa ni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, uniewa nił czynność wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy oraz dokona ponownego badania i oceny ofert. oraz poinformował wykonawców pismem z 23 października 2013 – *Zawiadomienie o*

uniewa nieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – o uniewa nieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uniewa nieniu czynności wezwania wykonawcy TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy.

W myśl art. 185 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy. Istotne w tej mierze sugestie, jakkolwiek dotyczące poprzedniego stanu prawnego (w odniesieniu do okresu, kiedy funkcjonował jeszcze protest jako środek ochrony prawnej) ale nie tracące na swej aktualności sformułowane zostały w postanowieniu Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 27 stycznia 2009 r. w spr. o sygn. 583/08: „Postanowienie *Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.09.2008 r. jest błędne. Stosownie do treści art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, je eli stwierdzi, e odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest dotyczy czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z odrzucenie ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W doktrynie przewa a pogląd, i odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp następuje wtedy, gdy Zamawiający podjął czynność, którą miał obowiązek wykonać zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a czynność ta była skonkretyzowana, np. nakazująca uniewa nienie postępowania. Nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co nastąpiło w wyroku KIO z 10.07.2008 r., nie stanowiło wykonania skonkretyzowanej czynności, która ostatecznie mogłaby zakończyć postępowanie wywołane zamówieniem. Zamknięcie mo liwości kontroli wyniku badania i oceny ofert, który jest następstwem czynności Zamawiającego, jest niezgodne z intencją przepisów ustawy Pzp. Gdyby przyjąć rozumowanie KIO, i Zamawiający wykonał zalecenia składu orzekającego Izby, a mianowicie powtórzył czynność ponownego badania i oceny ofert, to poza kontrolą KIO, a następnie ewentualnie Sądu, byłby zawsze wynik tego ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający w wyniku takiego powtórnego badania i oceny ofert, będąc poza kontrolą, mógłby wybierać wykonawcę nie spełniającego SIWZ, bądź odrzucać oferty takich wykonawców, którzy spełnialiby obowiązki wynikające z SIWZ, a przecie nie taki jest cel ustawy przepisów Pzp. Art. 1 ustawy Pzp stanowi, e ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych,* środki *ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Przepis ten nie wyłącza kontroli udzielania zamówień publicznych w wyniku powtórnego badania i oceny ofert. Mając na względzie treść powy szych rozwa ań, Sąd Okręgowy uznał, i odwołanie Skar* ącego *nale ało rozpoznać merytorycznie.”.* Jak wynika z uzasadnienia nowelizacji do ustawy Prawo zamówień

publicznych (Ustawa *z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw,* którą wprowadzono zmiany do ustawy

Prawo zamówień publicznych) mo liwość uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania stanowi instrument, który zastąpił protest (uwzględnienie w całości zarzutów w odwołaniu nale y uznać za substytut obecnego protestu), co czyni aktualnymi ogólne zasady odnoszące się do protestu równie w odniesieniu do instytucji uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Zakres przedmiotowego odwołania pozwalał uznać, i odnosi się ono nie tylko do faktu ponowienia czynności zamawiającego ale tak e do czynności nie objętych uwzględnieniem, jak wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.
Odwołujący widać stoi na stanowisku, i Zamawiający uwzględniając odwołanie obowiązany jest wykonać wszystkie ądania zawarte w odwołaniu, w taki sposób i w takim zakresie, jaki został wyartykułowany w odwołaniu, niezale nie od innych okoliczności, w tym czy znajdują one uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa, ustalonym stanie faktycznym czy zmienionych okolicznościach. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy, odwołanie powinno min. określać ądanie odwołującego w odniesieniu do kwestionowanej czynności. Analogicznie, przepis § 4 ust. 1 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Dz.U.10.48.280,* stanowi natomiast, e odwołanie zawiera min. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy; przedstawienie zarzutów; ądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. W myśl art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba mo e umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego - jeśli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie aden wykonawca, albo wykonawca, który przystąpił nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub uniewa nia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z ądaniem zawartym w odwołaniu. Przepisy ustawy nie dają Krajowej Izbie Odwoławczej mo liwości kontrolowania dyspozytywnych oświadczeń stron o cofnięciu odwołania lub uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, pod kątem ich zgodności z przepisami prawa, zasadami współ ycia społecznego czy te tego, czy zmierzają one do obejścia prawa. W postępowaniu odwoławczym nie stosuje się art. 203 § 4 ani art. 213 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, w konsekwencji oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego. Przytoczone wy ej przepisy wyraźnie wskazują, e zakres wydanego orzeczenia przez Krajową Izbę, a tak e wykonania przez Zamawiającego ądań zawartych w odwołaniu są następstwem zakresu odwołania –

podniesionych w nim zarzutów. Ponadto, w ustawie Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, w tym odwołanie, zostały skonstruowane w ten sposób, e kontrola decyzji Zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej następuje na ądanie zainteresowanego podmiotu wyra one w odpowiedniej formie [odwołanie], uprawnionego do wnoszenia odwołania i wyposa onego w interes w uzyskaniu danego zamówienia, który zarazem poniósł lub mo e ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, zaś rozpoznanie odwołania oraz zakres jego uwzględnienia jest następstwem postawionych w konkretnej sytuacji zarzutów. Zawarte w odwołaniu ądania są zatem sprzę one z postawionymi zarzutami, nie mogą pozostawać obok tych zarzutów czy być z nimi sprzeczne bądź im nieodpowiadające. ądania sformułowane w odwołaniu nale y rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi - wszak e o mo liwości uwzględnienia odwołania w rozumieniu art. 191 ust. 2 ustawy decyduje wpływ naruszenia na wynik postępowania.

Zamawiający jest związany dyspozytywną czynnością uwzględnienia zarzutów odwołania, to winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i

granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne w ustalonym stanie faktycznym. Jakkolwiek bowiem czynności Zamawiającego są czynnościami zmierzającymi do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to czynności te nie są pozostawione pełnej swobodzie i niezale ności podmiotu jakim jest Zamawiający, charakterystycznej dla sfery stosunków cywilnoprawnych. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględnym charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązanego do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyra ona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy ustawy to nie przepisy, których zastosowanie pozostawiono uznaniu Zamawiającego, to przepisy bezwzględnie obowiązujące, obwarowane sankcjami z zakresu dyscypliny finansów publicznych a niejednokrotnie równie prawa karnego. Zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy, i do ka dej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałoby to dotyczyć wykluczenia wykonawcy, co do którego przepisy enumeratywnie

wyznaczają podstawy tej czynności. Ponadto, jeśli ądanie zawarte w odwołaniu obejmuje wachlarz czynności, takich jak uniewa nienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert lub wniosków i wreszcie czynność będącą następstwem tego badania i oceny – jej reasumpcją, jak przykładowo odrzucenie ofert czy wykluczenie wykonawców z postępowania, to uwzględnienie tak postawionego ądania musi być rozpatrywane w kontekście okoliczności, e nie są decyzje to samodzielne, oderwane od pozostałych czynności postępowania, ale czynności będące wynikiem badania i oceny ofert. Jeśli zatem postawione ądanie obejmuje ponowne badanie i ocenę ofert, to ądanie to z istoty zawiera w sobie element nieznany i nieprzewidywalny co do skutku, w tym skutku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy czy wykluczenia z postępowania. Mo e się bowiem zdarzyć, e w trakcie ponownego badania i oceny ofert, pewne ądania zdezaktualizują się, nie będą wykonalne z powodów obiektywnych, czy te nie będą czyniły zadość interesowi Zamawiającego, a przez to nie będą słu yć celowi publicznemu jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej dla wykonania zadania publicznego i zawarcie wa nej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Równoczesne ądanie badania i oceny ofert oraz ądanie wyniku tej oceny w postaci odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy mo e w konkretnej sytuacji być ądaniem niemo liwym do jednoczesnego zrealizowania, zakłada bowiem przesądzenie wyniku ądanej oceny, co czyniłoby uwzględnienie takich ądań iluzorycznym i mogłoby doprowadzić do stanu niezgodnego z prawem, w tym dokonania czynności literalnie zgodnych z ądaniem, ale w sposób oczywisty sprzecznych z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i ustaleniami poczynionymi w toku ponownej oceny ofert lub wniosków. Czynność ponownego badania i oceny ofert dokonywana w kontekście podnoszonych w danej sytuacji zarzutów z istoty nie mo e obejmować wyniku tej oceny, skoro ten zale y od oceny dokumentów, i na etapie badania i oceny ofert nie jest, i nie mo e być jeszcze znany i przesądzany. W tym kontekście, jednoczesne ądanie ponownego badania i oceny ofert oraz ądanie konkretnego wyniku tej oceny musi być rozpatrywane przez pryzmat charakteru tych czynności. Postawienie tego rodzaju ądań łącznie, w konkretnej sytuacji konkretnego wyniku skutkować musi obiektywną lub prawną niewykonalnością ądania oceny ofert lub nawet niedopuszczalnością jego wykonania. W tym kontekście, ądanie odnoszące się do wyniku badania i oceny ofert musi być traktowane z uwzględnieniem nieznanego i nieprzewidywanego jego wyniku, w przeciwnym bowiem wypadku przeczyłoby istocie i celowi równolegle postawionego wniosku odwołania (ądania) dotyczącego ponowienia czynności badania i oceny ofert. Uwzględnienie zarzutów odwołania nie oznacza jeszcze nieograniczonego prawem i okolicznościami konkretnego stanu faktycznego obowiązku bezkrytycznego wykonania ądań w ich dosłownym kształcie, ale raczej skutkuje obowiązkiem oddania kierunku tych ądań wynikającego z treści uwzględnionych zarzutów.

Dostrze enia w tym miejscu wymaga, e zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, uwzględnienie dotyczy zarzutów a nie ądań odwołania, nie mo e zatem być rozpatrywane ądań odwołania w oderwaniu od wyłącznie w odniesieniu do obowiązku wykonania uzasadniających te ądania zarzutów. ądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją do podmiotu uprawnionego do podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi Odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Obowiązek wykonania ądań odwołania musi zatem być postrzegany przez pryzmat podniesionych w konkretnym postępowaniu (danym odwołaniu) zarzutów – te bowiem wyra ają intencje Odwołującego, dostrze one nieprawidłowości i zastrze enia wobec kwestionowanej czynności. Z przepisu art. 186 ust. 2 i 3 ustawy wynika zatem, e ądania są skorelowane z podniesionymi zarzutami, stanowią ich reasumpcję; taki sam wniosek płynie z analizy przepisów odnoszących się do zakresu orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy – jest związana w ramach orzekania zarzutami a nie ądaniami: nie mo e bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przeciwne rozumowanie oznaczałoby, e Zamawiający uwzględniając zarzuty obowiązany jest wykonać ądania niezale nie od ich prawnej dopuszczalności, jak i tego, czy pozostają w jakimkolwiek związku z podniesionymi i uwzględnionymi zarzutami.

W zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy tj. TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie pomimo, i treść oferty była niezgodna z SIWZ oraz art. 87 ust. 1 ustawy, Izba uznała zarzut za niezasadny.
Izba ustaliła, e w rozdział IV SIWZ – *Opis kryteriów, ich znaczenie oraz sposób oceny:*
- w punkcie 2: Zamawiający wskazał, e przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie się kierował kryterium ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia oraz zaoferowanej ulgi PEFRON,
- w punkcie 3 Zamawiający wskazał, e w kryterium ceny maksymalna ilość punktów jaką mo e otrzymać oferta wynosi 70 punktów (obliczona zgodnie ze wskazanym w SIWZ wzorem),
- w punkcie 4 Zamawiający wskazał, e maksymalna liczba punktów w kryterium wysokości zaoferowanej ulgi PEFRON wynosi 30 punktów (ulga w wysokości do 20 % odpisu miesięcznie: 5 pkt; ulga w wysokości od 21 % do 40 % odpisu miesięcznie: 10 pkt; ulga w

wysokości od 41 % do 60 % odpisu miesięcznie: 20 pkt; ulga w wysokości od 61 % w górę: 30 pkt).
W piśmie z 31 października 2013 roku – *Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty* Zamawiający wskazał, e wykonawcy TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przyznał 70 punktów – była to oferta najkorzystniejsza w postępowaniu i jedyna niepodlegająca odrzuceniu.
Wskazać nale y, e zgodnie Zamawiający pismem z 8 października 2013 roku uwzględnił zarzuty odwołania z dnia 30 września 2013 roku w całości a uwzględniając odwołanie wskazał, e uniewa ni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, uniewa nił czynność wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy oraz dokona ponownego badania i oceny ofert oraz poinformował wykonawców pismem z 23 października 2013 – *Zawiadomienie o uniewa nieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty* – o uniewa nieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uniewa nieniu czynności wezwania wykonawcy TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 ustawy. Tym samym zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy jest bezprzedmiotowy.

Izba wskazuje, e obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielnie zmówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nało onymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje,

i ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jednak e odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrze enie jakie uczynił ustawodawca, nie mo e nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść zło onej oferty oraz nie mo e nastąpić, gdy Zamawiający ma mo liwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.
Wskazać nale y, i o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nale y oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, i nale y mieć na uwadze, e niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrze eniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna zło onej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu

zamówienia lub innych ukształtowanych przez Zamawiającego i zawartych w SIWZ wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest zło enie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08).
Zamawiający wskazał w formularzu Oferta „Oferujemy ulgę PFRON w wysokości co najmniej ….% tj. ...zł" a wykonawca TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zawarł w formularzu Oferta następującą treść „Oferujemy ulgę PFRON w wysokości do 20% tj. ...zł". Podanie przez wykonawców ulgi odnosiło się do podania informacji jaka stanowić miała podstawę przyznania punktów w danym kryterium oceny ofert. Wykonawcy mogli nie podać adnej wartości albo podać wartość 0% (co uczynił Odwołujący) lub podać wartość oferowanej ulgi. Tym samym podanie przez TOM MARG ZPCH Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wartości *do 20%,* które nie odpowiadało redakcji sformułowanego przez Zamawiającego punktu formularza Oferty zostało prawidłowo ocenione przez Zamawiającego i prawidłowo Zamawiający nie przyznał temu wykonawcy punktów w tym kryterium, co jednoznacznie wynika z pisma z 31 października 2013 roku. W ocenie Izby w tym przypadku nie ma mowy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jedynie nale y wskazać, e wykonawca nie określił kryterium oceny jakim była ulga PEFRON.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, ni określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Zamawiający dokonał wyboru oferty w oparciu o ukształtowane w SIWZ kryteria oceny ofert a wykonawcy wybranemu w postępowaniu przyznała 70 punktów (maksymalna wartość) w kryterium ceny, jednocześnie nie przyznając punktów w kryterium wysokości zaoferowanej ulgi PEFRON. Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, e postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o 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)

Wobec powy szego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……