

WYROK
z dnia 5 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Lubomira Matczuk - Mazuś
Stanisław Sadowy

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **JOT – TE Joanna Tybuszewska, ul. Poręba 35, 61-305 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Długa 1/2, 61-848 Poznań** protestu z dnia **28 października 2008 r.**

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża JOT – TE Joanna Tybuszewska, ul. Poręba 35, 61-305 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **JOT – TE Joanna Tybuszewska, ul. Poręba 35, 61-305;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **JOT – TE Joanna Tybuszewska, ul. Poręba 35, 61-305** na rzecz **Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Długa 1/2, 61-848 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **JOT – TE Joanna Tybuszewska, ul. Poręba 35, 61-305 Poznań.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi transportu sanitarnego.

Zamawiający po dokonaniu pierwszego badania i oceny ofert dokonał w zakresie pakietu 9 i 10 wyboru oferty Joanny Tybuszewskiej, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą JOT - TE Joanna Tybuszewska – zwanej dalej również wykonawcą JOT – TE, protestującym lub odwołującym. Protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej złożył w dniu 18.08.2008r. Adam Sassek – prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHT Sasman. Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 28.08.2008r. oddalając go jako bezzasadny. Adam Sassek złożył od ww. rozstrzygnięcia odwołanie. W wyniku

rozstrzygnięcia odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 23.09.2008r. wyrok, uwzględniając odwołanie i nakazała wezwanie wykonawcy Joanny Tybuszewskiej do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego i nakazała ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert i w dniu 22.10.2008r. i wykluczył wykonawcę JOT – TE z postępowania w zakresie pakietu 9 i 10.

W dniu 29.10.2008r. protest dotyczący czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy JOT - TE oraz nie wykluczenia wykonawcy PHT SASMAN złożył wykonawca JOT – TE. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Protestujący wniósł o unieważnienie czynności swojego wykluczenia, uznanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków jej udziału w postępowaniu dostarczonych w piśmie z 9.10.2008r., dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu i uznania, że oferta protestującego jest najkorzystniejsza, jak również wykluczenia PHT Sasman, jako niespełniającej warunków wskazanej specyfikacji .

Jako żądanie alternatywne – w przypadku nie uznania zgłoszonych żądań protestujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W argumentacji wskazał, że jego wykluczenie było niesłuszne, gdyż przedstawił wymagane przez zamawiającego dokumenty. Stwierdził, że uzupełniane dokumenty powinny potwierdzać wymagane okoliczności najpóźniej na dzień wyznaczony przez zamawiającego na uzupełnienie. Na potwierdzenie powyższego powołał się na brzmienie jednego z komentarzy do ustawy Pzp oraz na opinię UZP, opublikowaną na stronie internetowej. Jako dodatkową okoliczność wskazano, że protestujący posiada doświadczenie opiewające na kwotę przekraczającą 50% wartości zamówienia i jego doświadczenie wzrasta z każdym miesiącem. Dodano, że protestujący posiada status Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej – Stacji Pogotowia Ratunkowego i jest zobowiązany do spełniania wszelkich warunków technicznych oraz do dysponowania odpowiednim, doświadczonym personelem medycznym o wysokich kwalifikacjach.

Odnosnie wykluczenia wykonawcy PHT SASMAN – wskazano, że nie jest to Zakład Opieki Zdrowotnej, wobec czego nie jest zdolny do wykonywania świadczeń zdrowotnych, co stanowi bezpośrednie zagrożenie bezpieczeństwa pacjentów. Wykonawca ten nie jest uprawniony do posiadania i używania środków medycznych niezbędnych do prawidłowego wykonywania świadczeń zdrowotnych – transportów sanitarnych, nie posiada zezwolenia Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego na zakup i posiadanie produktów leczniczych służących ratowaniu życia.

W dniu 5.11.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu oddalając go jako bezzasadny. W argumentacji wskazał, że nie podzielił poglądu protestującego, że dokumenty przedstawione przez wykonawców w wyniku wezwania ich do uzupełnienia powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień wyznaczony jako termin ich uzupełnienia. W ocenie zamawiającego – mógłby on uznać uzupełnione dokumenty, gdyby wynikało z nich, że stan, który potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert. Na poparcie powyższego zamawiający wskazał na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5.02.2007r. sygn. X Ga 2/07, X Ga 4/07. Zamawiający wskazał również, że w rozporządzeniu z dnia 19 maja 2006r. mowa jest o ostatnich pięciu, albo trzech latach przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia – tego sformułowania brak było w odniesieniu do innych dokumentów.

Zamawiający wskazał ponadto, że świadczenia przewoźnika nie mają charakteru świadczeń ciągłych ani okresowych.

Zamawiający stwierdził, że referencje przedłożone przez wykonawcę potwierdzały należyte wykonanie usług o wartości 94.629,00 zł, i była to wartość mniejsza niż 50% wartości zamówienia określonej przez zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że załączone faktury nie stanowią dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia.

Brak statusu zakładu opieki zdrowotnej Adama Jana Sassek nie ma znaczenia dla przedmiotowego postępowania.

W dniu 17.11.2008r. protestujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. W treści odwołania przytoczył zarzuty i żądania zawarte w proteście. W związku z oddaleniem

protestu przez zamawiającego odwołujący wniósł o :

- unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- uznanie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału odwołującego w postępowaniu wskazanych w piśmie z 9.10.2008r.,
- dokonanie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenie PHT Sasman, jako nie spełniającej warunków SIWZ i uznania jego oferty za odrzuconą,
- ewentualnie – wniesiono o unieważnienie postępowania w przypadku nie uwzględnienia żądań.

W argumentacji – tak jak w proteście – stwierdzono, że ustawa Prawo zamówień publicznych umożliwia na podstawie art. 26 ust. 3 uzupełnianie dokumentów potwierdzających wymagane okoliczności nie na dzień składania ofert, ale na dzień wyznaczony jako termin uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Na poparcie powyższej

argumentacji wskazano na jeden z komentarzy do ustawy Pzp oraz na opinię Urzędu Zamówień Publicznych opublikowaną na stronie internetowej.

Stwierdzono, że nietrafne jest twierdzenie zamawiającego, że usługa transportu sanitarnego została zdefiniowana jako umowa przewozu – zamawiający błędnie zinterpretował ją jako jednorazową usługę przewozu. Na poparcie argumentacji, że usługa transportu sanitarnego jest świadczeniem okresowym, mającym charakter ciągły odwołujący przytoczył opinię Urzędu Zamówień Publicznych opublikowaną na stronie internetowej.

Powtórzono argumentację zawartą w proteście odnośnie konieczności wykluczenia PHT Sasman z postępowania z powodu jego niezdolności do wykonywania zamówienia gdyż nie posiadał uprawnień do posiadania i używania środków medycznych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu. Dla powyższego rozstrzygnięcia kluczowe znaczenie miało ustalenie, czy dokumenty uzupełniane przez odwołującego w przedmiotowej sytuacji powinny być podstawą do stwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu przez odwołującego. W celu ustalenia powyższego skład orzekający dokonał analizy treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W wyniku powyższego stwierdzono, że zamawiający wymagał od wykonawców, aby załączyli do oferty wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadającym swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należyście (min. 1) – zgodnie z załącznikiem nr 4. Warunek dotyczył więc zamówień zrealizowanych w okresie przed wszczęciem postępowania. Wszczęcie postępowania miało miejsce w dniu 23.05.2008r.

Skład orzekający dokonał analizy oferty odwołującego oraz dokumentów uzupełnianych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ustalono, że odwołujący przedstawił jako swoje doświadczenie usługi wykonywane po wszczęciu postępowania, natomiast nie miał wymaganego doświadczenia przed wszczęciem postępowania. W wyniku powyższego – skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Fakt uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 nie miał w tym przypadku znaczenia, gdyż dokumenty te potwierdzały nabywanie doświadczenia, ale dopiero po

wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Argumentacja związana z możliwością uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków na dzień ich uzupełnienia nie może być uwzględniona w przedmiotowym przypadku, gdyż nie można jej rozpatrywać w oderwaniu od warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym przypadku nie ma wątpliwości, że odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu

w momencie składania oferty – nie posiadał jeszcze wymaganego doświadczenia. Wobec powyższego uzupełniane następnie dokumenty – potwierdzające doświadczenie uzyskiwane w okresie po wszczęciu postępowania, a nawet po złożeniu oferty – nie potwierdziły spełniania warunków w postępowaniu przez wykonawcę w momencie składania oferty. Nie miał on wymaganego doświadczenia, wobec czego zamawiający zasadnie dokonał jego wykluczenia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wykonawcy PHT Sasman – skład orzekający dokonał analizy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i stwierdził, że zamawiający nie zawarł w niej wymagań, aby wykonawca posiadał status zakładu opieki zdrowotnej. Tym samym zamawiający nie mógł odrzucić oferty w przedmiotowym postępowaniu z powodu braku statusu zakładu opieki zdrowotnej. Wymagania związane z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być zawierane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w celu zapewnienia zasady jawności i przejrzystości postępowania. Na etapie oceny ofert zamawiający nie może tworzyć dodatkowych wymagań, nie określonych w SIWZ. Tym samym żądanie odrzucenia oferty wykonawcy PHT Sasman w związku z nie posiadaniem przez niego statusu zakładu opieki zdrowotnej skład orzekający uznał za bezpodstawne.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....