

WYROK

z dnia 28 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2008 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

Impel Catering Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Centrum Opieki Medycznej w Jarosławiu ul. 3 Maja 70, 37-500 Jarosław

protestu z dnia 15 września 2008 r.

przy udziale **CATERMED Sp. z o.o. ul. Kronikarza Galla 25, 30-053**

Kraków zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

**2. kosztami postępowania obciąża Impel Catering Sp. z o.o. ul. Ślężna
118, 53-111 Wrocław i nakazuje:**

KIO/UZP 1112/08 1z9

-
- 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 uiszczanego przez **Impel Catering Sp. z o.o.
ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
 - 2) 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 **Impel Catering Sp.
z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *świadczenie usług
w zakresie przygotowania i dostarczania posiłków dla pacjentów Centrum
Opieki Medycznej w Jarosławiu*, którego dotyczy złożone odwołanie,
prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.
Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r.
Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie
o zamówieniu zostało zamieszczone na tablicy ogłoszeń i stronie internetowej
3 lipca 2008 r. oraz opublikowane w Dz. Urz. UE 8 lipca 2008 r. pod
numerem 2008/S 130-173404. Wartość zamówienia została ustalona przez
Zamawiającego na kwotę 1.077.996 złotych, 278.042 euro. W wyznaczonym
terminie składania ofert zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz
Przystępującego. 10 września 2008 r. Zamawiający poinformował
wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

15 września 2008 r. Odwołujący wniósł protest, w którym zarzucił
Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych
wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3

i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosząc o:
1. uchylenie czynności wyboru oferty Przystępującego,

KIO/UZP 1112/08 2z9

2. wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W dalszej treści protestu Odwołujący stwierdza, iż oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem XI.6.g specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca powinien przedłożyć do oferty dokument potwierdzający posiadanie kuchni (umowa najmu lub dzierżawy, akt własności) zdolnej świadczyć usługi cateringowe, przez cały okres trwania umowy z Zamawiającym. Zgodnie z art. 2 ust. 1 i 3 załączonej do oferty umowy z SPZOZ w Przeworsku wykonawca zobowiązuje się wykorzystywać przedmiot najmu na świadczenie usługi polegającej na zapewnieniu całodziennego żywienia pacjentów szpitala oraz nie może wykorzystywać lokalu użytkowego na inne cele niż określone w ust. 1, i bez pisemnej zgody zamawiającego (tj. SPZOZ w Przeworsku). Natomiast w złożonej ofercie brak jest dokumentu, z którego wynikałaby taka zgoda SPZOZ w Przeworsku. Co więcej, w umowie tej zastrzeżona jest możliwość rozwiązania tej umowy w razie wykorzystywania kuchni niezgodnie z przeznaczeniem. Przystępujący zatem nie ma żadnych podstaw, by korzystać z kuchni przy realizacji niniejszego zamówienia. W konsekwencji Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie spełnił warunku udziału w postępowaniu oraz nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie tychże warunków. Z tego powodu Zamawiający jest zobowiązany także odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

KIO/UZP 1112/08 3z9

24 września 2008 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu następujące rozstrzygnięcie protestu: *Po dokonaniu analizy nadesłanego protestu, Zamawiający uwzględnił protest w części, skutkiem czego będzie dokonanie ponownej analizy i oceny ofert.*

29 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 2 października 2008 r.), w którym rozstrzygnięciu protestu zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z wyborem Przystępującego niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu i nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylecia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty
Przystępującego,
2. wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenia jego oferty,
3. ponownej oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

Odwołujący stwierdził, iż rozstrzygnięcie protestu ze względu na swoją ogólnikowość ma charakter całkowicie niezrozumiały, nie wynika z niego bowiem stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutów i żądań zawartych w proteście, tzn. które z nich zostały uwzględnione. Zamawiający nie określił również, która część protestu nie zasługuje na uwzględnienie. W związku

KIO/UZP 1112/08 4z9

z tym Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania wymienione w proteście.

W przystąpieniu do postępowania odwoławczego Przystępujący stwierdził, że rozstrzygnięcie Zamawiającego należy uznać za prawidłowe, nie może on bowiem podjąć decyzji o ewentualnym wykluczeniu wykonawcy bez powtórzenia czynności oceny ofert. Podniósł też, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie został w żaden sposób uzasadniony, poza tym nie był podnoszony w proteście, więc nie może być rozpatrywany przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący nie sprecyzował ani nie uzasadnił również zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. rażąco niskiej ceny, omyłek rachunkowych lub błędów w obliczeniu ceny. Jedynym zarzutem jest brak podstaw do korzystania z kuchni. Tymczasem dyrekcja SPZOZ 8 sierpnia 2008 r. wyraziła na piśmie wymaganą zgodę, a kopia tego pisma została załączona do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Poza tym Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy bez wezwania go do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sprecyzował w proteście i odwołaniu jeden zarzut dotyczący braku wymaganej przez Zamawiającego kuchni. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział XI pkt 6 ppkt g) Zamawiający żądał przedstawienia *dokumentu potwierdzającego posiadanie kuchni (umowa najmu lub dzierżawy, akt własności) zdolnej świadczyć usługi cateringowe, przez cały okres trwania umowy z Zamawiającym*.

KIO/UZP 1112/08 5z9

Jak wynika jasno z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiotowe wymaganie nie stanowiło warunku udziału w postępowaniu, o czym świadczą informacje zawarte w punkcie III.2 ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym UE (jak również w innych ogłoszeniach) oraz postanowienia rozdziału IX i X specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dotyczą odpowiednio postawionych warunków oraz dokumentów, jakie należy złożyć na potwierdzenie ich spełniania. Oczywiście jest, iż ze względu na znaczenie dla postępowania warunki udziału w postępowaniu i dokumenty, które wykonawcy mają przedstawić w celu potwierdzenia ich spełniania, muszą być jasno określone w stosownych dokumentach – w ogłoszeniu

o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie można domniemywać postawienia jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu wbrew brzmieniu tych dokumentów.

W związku z tym Zamawiający nie miał prawa wykluczyć wykonawcy z udziału w postępowaniu powołując się na swoje żądanie – a tym samym zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie potwierdził się.

Zamawiający żądał przedstawienia ww. dokumentu w rozdziale XI pkt 6 ppkt g specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który dotyczy opisu sposobu przygotowania oferty. Z tego względu dokument ten można zakwalifikować jedynie jako dokument wymieniony w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli *potwierdzający spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego*. Tak więc skład orzekający łby wziął pod uwagę zarzut niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Składając ofertę Przystępujący przedstawił *Umowę najmu – kuchnia szpitalna* zawartą 1 października 2007 r. pomiędzy SPZOZ w Przeworsku a CATERMED Sp. z o.o. Zgodnie z artykułem 2 ust. 1 i 3 tej umowy *WYKONAWCA nie może wykorzystywać lokalu użytkowego na inne cele niż określone w ust. 1, i bez pisemnej zgody ZAMAWIAJĄCEGO. WYKONAWCA*

KIO/UZP 1112/08 6z9

nie może oddawać przedmiotu najmu bądź jego części w podnajem, dzierżawę, poddzierżawę, użytkowanie lub użyczenie osobom trzecim.

Natomiast w artykule 6 ust. 1 tej umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo natychmiastowego wypowiedzenia umowy m.in., gdy wykonawca będzie wykorzystywał przedmiot najmu niezgodnie z przeznaczeniem oraz przyjętymi uzgodnieniami.

18 września 2008 r., wraz z przystąpieniem do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, Przystępujący przedstawił Zamawiającemu pismo podpisane przez dyrektora SPZOZ w Przeworsku nr SPZOZ-III-AG/221/53/2008 z 8 sierpnia 2008 r. skierowane do Catermed Sp. z o.o., zgodnie z którym dyrekcja SPZOZ udzieliła jej zgody na dodatkową produkcję posiłków w kuchni szpitalnej.

25 września 2008 r. Zamawiający poprosił Przystępującego o uzupełnienie dokumentu, tj. *dostarczenie aktualnego dokumentu potwierdzającego posiadanie kuchni (umowa najmu lub dzierżawy, akt własności) zdolnej świadczyć usługi cateringowe, przez cały okres trwania umowy z Zamawiającym.*

W odpowiedzi Przystępujący, w wyznaczonym terminie, przedstawił pismo podpisane przez dyrektora SPZOZ w Przeworsku z 26 września 2008 r. nr SPZOZ-III-AG/221/61/2008, w którym dyrektor *wyraża zgodę na dodatkową produkcję posiłków na bazie naszej Kuchni Szpitalnej dla Centrum Opieki Medycznej w Jarosławiu.*

Po zapoznaniu się z powyższymi dokumentami skład orzekający łby stwierdził, iż treść umowy z SPZOZ w Przeworsku rzeczywiście nie pozwala na jednoznacznie stwierdzenie, czy Przystępujący będzie mógł wykorzystywać wynajmowaną kuchnię na potrzeby obsługi Zamawiającego. W związku z tym Zamawiający powinien był go wezwać do uzupełnienia dokumentu lub wyjaśnić tę wątpliwość odpowiednio na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym w tym zakresie protest był uzasadniony.

Skład orzekający łby nie przyznaje racji twierdzeniu Zamawiającego, iż, rozstrzygając protest, nie ma on obowiązku uzasadniać swojej decyzji – wynika to wyraźnie z treści art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień

publicznych: *rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem (...) zamawiający przekazuje...* Jasne jest także, jakkolwiek nie wynika to *expressis verbis* z treści przepisu, iż rozstrzygnięcie Zamawiającego powinno być czytelne dla wykonawców. Natomiast trudno tę cechę przypisać cytowanemu powyżej rozstrzygnięciu Zamawiającego. Ponieważ jednak, pomimo przywołania szeregu przepisów, treść protestu obejmowała argumentację dotyczącą *de facto* jednej wady oferty Przystępującego, a treść rozstrzygnięcia należało skonfrontować z żądaniami protestu – jasne jest, iż Zamawiający zamierzał powtórzyć czynność badania i oceny ofert (... *Zamawiający uwzględnił protest w części, skutkiem czego będzie dokonanie ponownej analizy i oceny ofert*). W związku z powyższym skład orzekający Izby uznał protest za bezspornie uwzględniony w tym zakresie, wobec czego nie ma podstaw do nakazania Zamawiającemu dokonania tej czynności. Dodatkowo, jak wynika z dalszych czynności podjętych przez Zamawiającego i powołanych powyżej dokumentów, Przystępujący spełnił powyższy, sporny wymóg Zamawiającego zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę przedstawionej przez Odwołującego specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej przez SPZOZ w Przeworsku uznając, iż nie ma ona znaczenia w niniejszym postępowaniu.

Skład orzekający Izby nie ustosunkował się do zarzutu naruszenia pozostałych wymienionych w proteście i odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zarzuty te nie zostały przez Odwołującego sprecyzowane, a naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie było również podnoszone w proteście.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Przemyślu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....