

Sygn. akt: KIO 2694/17

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 2 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu **2 stycznia** 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19** grudnia 2017r. przez **wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe „AN- MAR” M.J. z siedzibą w Gryfinie, ul. Wodna 5a** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego: Szpital Wojewódzki im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego z siedzibą w Łomży, Al. Piłsudskiego 11**

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie,**
- 2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe „AN- MAR” M.J. z siedzibą w Gryfinie, ul. Wodna 5a 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 **Łomży**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie osobowych usług transportowych dla pacjentów dializowanych oraz doraźnych osobowych usług transportowych dla pacjentów z dysfunkcją ruchu dla Szpitala Wojewódzkiego w Łomży zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w 14 listopada 2017 za numerem 615584-N-2017.

W dniu 14 grudnia 2017r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 19 grudnia 2017r. odwołanie na tę czynność i zaniechanie wykluczenia wniosków wykonawca M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe „AN-MAR” M.J. z siedzibą w Gryfinie, ul. Wodna 5a – zwany dalej odwołującym. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2017r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 grudnia 2017r.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, nie został wykluczony, a jego oferta odrzucona, a w razie uwzględnienia argumentów odwołania jego oferta jako najkorzystniejsza musiałaby zostać wybrana, co skutkowałoby zawarciem umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy prawa zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy w związku z poprzez niewykluczenie wykonawcy PARAMEDICAL M.P. oraz nieodrzucone jego oferty, mimo że wykonawca ten nie udowodnił, że na dzień składania ofert dysponował pojazdami spełniającymi wymogi ustawowe i wymogi siwz, które mogą jednorazowo przewieźć minimum 19 osób, w tym osoby na wózkach lub osoby leżące oraz nie udowodnił, że na dzień składania ofert dysponował bezprzewodową łącznością pomiędzy samochodem wykonującym usługę, a własną centralą dyspozytorską, która jest wyposażona w telefoniczną łączność umożliwiającą całodobowy kontakt ze Szpitalem. Z oświadczenia wykonawcy PARAMEDICAL M.P. nie wynika, że wykonawca posiadał łączność bezprzewodową pomiędzy samochodem wykonującym usługę, a własną centralą dyspozytorską, która jest wyposażona w telefoniczną łączność umożliwiającą całodobowy kontakt ze Szpitalem na dzień składania ofert, ale dopiero na dzień 28 listopada 2017 roku. Odwołujący zgodził się należyć z poglądem, że data wystawienia wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań zamawiającego jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu. Ustawodawca wymaga, co wynika nie tylko z przywołanego § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ale również z art. 26 ust. 3 in fine ustawy, potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej, niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu lub terminu składania ofert. Zatem fakt wystawienia dokumentu po upływie terminu składania ofert lub wniosków jest bez znaczenia, o ile z treści dokumentu wynika potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później, niż w tym dniu (vide: przykładowo: wyroki KIO z 12 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 540/09 oraz z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 632/12).( wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2013 r. KIO 2939/12) to wskazać należy, że data wystawienia dokumentu jest tylko wtedy bez znaczenia dla oceny, czy wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, gdy z treści dokumentu nie wynika, że spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. W szczególności takiego domniemania nie można wyprowadzać. O ile z odpisu z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, czy księgi rejestrowej to wynika, to z wykazu pojazdów i oświadczenia odnośnie łączności bezprzewodowej nie wynika spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, na dzień składania ofert. Tym samym wykonawca Paramedical M.P. powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, a w konsekwencji oferta wykonawcy Usługi Transportowe „AN- MAR” M.J. powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

- art. 25 ust. 1 ustawy w zw. art. 26 ust. 2 ustawy zw. z art. 91 ust. 1 ustawy w związku z zapisem rozdziału XVIII Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert ust 1, ust. 3 (tabela) i ust. 4 przez wystosowanie do wykonawcy Paramedical M.P. wezwania z 28 listopada 2017 roku, mimo że jego oferta nie powinna być najwyżej oceniona, gdyż wykonawca ten przedstawił mniej korzystną cenę od wykonawcy Usługi Transportowe AN-MAR M.J., żadna z przedstawianych przez niego referencji nie potwierdzała, że dotyczyła ona realizacji usługi transportu sanitarnego obejmującego transport osób z dysfunkcją ruchu wobec czego w kryterium doświadczenia oferta wykonawcy w tym kryterium powinna otrzymać 0 pkt i nie powinna być ofertą najwyżej ocenioną od oferty Usługi Transportowe AN-MAR M.J., a nadto przez to, że zamawiający uznał ofertę PARAMEDICAL M.P. za najwyżej ocenioną już w dniu 28 listopada 2017 roku mimo że następnie w dniu 12 grudnia 2017 roku wzywał wykonawcę do złożenia oświadczenia odnośnie tego, czy wykazane referencje w kryterium doświadczenia dotyczyły transportu pacjentów z dysfunkcją ruchu, co z kolei dotyczyło okoliczności dotyczących oceny tej oferty, oraz przez zaniechanie, mimo nieprzedstawienia żądanych dokumentów przez PARAMEDICAL M.P., kolejnego wykonawcy Usługi Transportowe AN-MAR M.J. do złożenia dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu zamawiający może wysłać takie wezwanie jedynie do wykonawcy, którego ofertę ofert została najwyżej oceniona. zamawiający błędnie przyjął, że oferta tego wykonawcy powinna być najwyżej oceniona, gdyż żadna z referencji tego wykonawcy nie dawała podstaw do uzyskania przez niego

jakichkolwiek punktów, gdyż nie potwierdziła wykonania usług transportu sanitarnego obejmujących transport pacjentów z dysfunkcją ruchu. W kryterium ceny oferta tego wykonawcy była mniej korzystna, a w pozostałych kryteriach wykonawcy uzyskali taką samą ilość punktów. Jak wynika z pisma zamawiającego z 12 grudnia 2017 roku zamawiający sam uznawał przedstawione referencje za niepozwalające na uznanie oferty za bardziej korzystną. Wykonawca PARAMEDICAL M.P. nie wykonał wezwania, gdyż nie złożył oświadczenia na dzień składania ofert dysponował pojazdami spełniającymi wymogi ustawowe i wymogi siwz, które mogą jednorazowo przewieźć minimum 19 osób, w tym osoby na wózkach lub osoby leżące oraz nie udowodni, że na dzień składania ofert dysponował bezprzewodową łącznością pomiędzy samochodem wykonującym usługę, a własną centralą dyspozytorską, która jest wyposażona w telefoniczną łączność umożliwiającą całodobowy kontakt ze Szpitalem. Wobec czego zamawiający powinien wystosować kolejne wezwanie do drugiego w kolejności wykonawcy Usługi Transportowe AN-MAR M.J. (tak Prawo zamówień publicznych red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak- Stojek, Julia Jamicka, Agnieszka Matusiak, komentarz do art. 26 ustawy teza 5).

- art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy w zw. art. 87 ust. 1 ustawy przez wezwanie wykonawcy PARAMEDICAL M.P. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy i art. 87 ust. 1 ustawy prawo zastosowanie do referencji, mimo że w przedmiotowym postępowaniu nie stanowiły one dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy zamawiający jako podstawę wezwania z 12 grudnia 2017 roku wskazał art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy. W ocenie odwołującego się powołanie się przez zamawiającego na art. 87 ust. 1 ustawy było nieuzasadnione i niezgodne z prawem, gdyż przepis ten nie mógł odnosić się do referencji, gdyż nie były one treścią oferty, a jedynie dokumentami pozwalającymi wykonawcy uzyskać punkty w kryterium doświadczenia. Chybione było także wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie referencji z powołaniem się na art. 26 ust. 4 ustawy. Zgodnie z tym przepisem zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Zgodnie natomiast z art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie określił, aby wykonawca musiał wykazywać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, spełnienie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego lub brak podstaw do wykluczenia za pomocą referencji. Doświadczenie wykonawców nie warunkowało możliwości

udziału w postępowaniu. Wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu miały służyć tylko i wyłącznie oświadczenia stanowiące załącznik nr 3, 4, 6 i 7 do siwz. Referencje nie były też dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, gdyż wykonawca mógł uzyskać z kryterium doświadczenia 0 pkt, a postępowania mogłoby zostać przeprowadzone. Trafność ww. stanowiska potwierdza także orzecznictwo KIO w tym wyrok KIO z 29 stycznia 2013 roku w sprawie KIO 113/13 w którym wskazano, że przepis art. 25 ust. 1 ustawy, odnosi się wyłącznie do dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania,

- art. 91 ust. 1 ustawy w związku z zapisem rozdziału XVIII Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wao tych kryteriów i sposobu oceny ofert ust. 1, ust 3 (tabela) oraz ust. 4 ad 3) stanowiącym wyjaśnienie do ust. 3 (tabeli) przez nieuzasadnione przyznanie wykonawcy Paramedical M.P. 30 pkt w kryterium „Referencje (doświadczenie)” gdy zgodnie z tym kryterium wykonawca Paramedical M.P. powinien otrzymać 0 pkt w kryterium „Referencje (doświadczenie)”, co powinno skutkować uznaniem, że uzyskał on w sumie mniej punktów od wykonawcy Usługi Transportowe „AN-MAR” M.J. oraz błędne uznanie oferty PARAMEDICAL M.P. za ofertę najkorzystniejszą, gdy nie była ona ofertą najkorzystniejszą, gdyż ofertą najkorzystniejszą była oferta wykonawcy Usługi Transportowe „AN-MAR” M.J.. Wszystkie przedłożone przez PARAMEDICAL M.P. referencje nie potwierdzają wykonania usługi transportu sanitarnego obejmującego transport pacjentów z dysfunkcją ruchu. zamawiający wymagał celem wykazania doświadczenia referencji, gdy natomiast w przypadku wykonawcy PARAMEDICAL okoliczności, które powinny wynikać z referencji zostały uzupełnione oświadczeniem tego wykonawcy. W konsekwencji tego błędu zamawiający przyznał tym kryterium 30 pkt, gdy na podstawie samych referencji powinien przyznać wykonawcy PARAMEDICAL 0 pkt w tym kryterium, gdyż żadna z referencji nie potwierdzała wykonania usługi transportu sanitarnego obejmującego transport pacjentów z dysfunkcją ruchu. Nadto zamawiający wymagał, by z załączonych referencji wynikało, że wykonawca należycie zrealizował lub realizuje usługę transportu sanitarnego. Z przedłożonych referencji, ani z oświadczenia wykonawcy M.P. nie wynika, aby przedmiotowe referencje dotyczyły transportu sanitarnego.

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy przez nie wezwanie wykonawcy Usługi Transportowe „AN-MAR” M.J. do wyjaśnień treści oferty, mimo istnienia do tego podstaw wynikających z tego, że wykonawca w ofercie wskazał, że zrealizował/realizuje 3 usługi transportu sanitarnego obejmującego transport pacjentów z dysfunkcją ruchu, a przedstawił 1 referencje na wykonanie takiego transportu oraz oświadczenie realizacji takiej usługi dla zamawiającego, gdy jednocześnie zamawiający wezwał wykonawcę PARAMEDICAL M.P. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień i okoliczności warunkujące przyznanie punktów w kryterium doświadczenie wobec wykonawcy PARAMEDICAL M.P. dokonał nie tylko w oparciu o treść

oświadczeń wykonawcy, a wobec wykonawcy Usługi Transportowe AN-MAR M.J. przyznał punkty wyłącznie w oparciu o treść referencji, a nie oświadczeń, mimo że w treści oferty ten wykonawcy wskazał, że wykonał 3 usługi uzasadniające przyznanie mu punktów w kryterium referencji zamawiający w toku postępowania kierował wezwania do uzupełnienia dokumentów tylko do jednego wykonawcy, a jak wynika ze sposobu jego działania dlatego, że jego ofertę uznał już za najkorzystniejszą jeszcze przed dokonaniem czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej chociaż okoliczności i wyjaśnienia jakich domagał się od wykonawcy dotyczyły właśnie kryteriów oceny oferta. zamawiający więc traktował w sposób nierównorzędny wykonawców preferując wykonawcę PARAMEDICAL, a dyskryminując wykonawcę AN-MAR i dopuszczając do sytuacji w której dopuszczał możliwość odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy po wyborze oferty najkorzystniejszej, umożliwiając jednemu wykonawcy składanie dodatkowych dokumentów po złożeniu ofert, aby ten jeden wykonawca mógł uzyskać jak najwięcej punktów, nie został wykluczony, a jego oferta odrzucona, a drugiemu wykonawcy uniemożliwiając takie złożenie dokumentów nie domagając się złożenia dokumentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej z dnia 14 grudnia 2017 roku jako oferty najkorzystniejszej oferty Paramedical M.P. i nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz wykonawcy kosztów postępowania.

W dniu 20 grudnia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy nikt nie przystąpił.

W dniu 29 grudnia 2017r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające 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, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza

lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

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 lit. a 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. 2017 poz. 47).

**Przewodniczący:** .....