

WYROK

z dnia 4 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 czerwca 2011 r. przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łasku, Warszawska 62, 98-100 Łask.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację odpowiednich zapisów ogłoszenia oraz SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami.

2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łasku, Warszawska 62, 98-100 Łask i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łasku, Warszawska 62, 98-100 Łask** na rzecz **Spółdzielni Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków** kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie:

piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Sieradzu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łasku, Warszawska 62, 98-100 Łask prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Kompleksowe utrzymanie czystości oraz świadczenie prac personelu niższego w SP ZOZ w Łasku II*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 8 czerwca 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 czerwca 2011 r. pod numerem 2011/S 110-181836.

Wykonawca Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabieniec 46, 31-215 Kraków w dniu 20 czerwca 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego określenia w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, sytuacji finansowej i ekonomicznej, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz poprzez niedokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, sytuacji finansowej i ekonomicznej, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - w sposób dający wykonawcom wiedzę jakie wymogi winni spełnić, jakie dokumenty winni złożyć oraz jakimi zasobami winni dysponować, aby móc ubiegać się o udzielenie zamówienia i nie podlegać wykluczeniu z postępowania,
- art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z rzeczywistością tj. wskazania 30 dniowego terminu płatności w sytuacji, gdy Zamawiający dokonuje płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu usług będących przedmiotem zamówienia w terminie 360 dni;

- art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- modyfikację treści pkt 1 XX rozdziału SIWZ poprzez zmianę terminu płatności z 30 dniowego na termin 360 dniowy albo unieważnienia postępowania, w sytuacji niemożliwości jego zmiany;

- modyfikacji treści SIWZ poprzez: • zmiany rozdziału VIII ust. 1 pkt 2 SIWZ poprzez jego uzupełnienie polegające na sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia; • zmiany rozdziału VIII ust. 1 pkt. 3 SIWZ poprzez jego uzupełnienie polegające na sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; • zmiany rozdziału VIII ust 1 pkt 4 SIWZ poprzez jego uzupełnienie polegające na sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 21 czerwca 2011 r.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego zarówno po stronie Zamawiającego jak i Odwołującego.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Rozdział VIII Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:

1. O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy którzy:
2. Posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże posiadanie koncesji na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej lub zezwolenia na prowadzenie składu celnego, składu konsygnacyjnego produktów technicznych, o ile dotyczy
3. Posiadają wiedzę i doświadczenie,
4. Dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
5. Znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Warunek ten zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość co najmniej równą wartości brutto.

Ocena spełnienia warunków wymaganych od wykonawcy zostanie dokonana zgodnie z formułą spełnia – nie spełnia, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty.

Spełnienie warunków określonych w pkt 1 należy potwierdzić poprzez złożenie stosownego oświadczenia wg załącznika nr 3.1 oraz przedłożenie następujących dokumentów:

- w ramach warunku określonego w pkt 1.3 wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia:
 - wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami,
- w ramach warunku określonego w pkt 1.4 wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia:
 - informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł,
 - opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Wysokość gwarancyjna polisy wynosić musi nie mniej niż 1.000.000,00 zł.

W toku niniejszego postępowania w zakresie dotyczącym przedmiotu sporu zadawano Zamawiającemu pytania, zaś odpowiedzi na nie Zamawiający udzielił pismem z dnia 21 czerwca 2011 r.:

Pytanie nr 2: W rozdziale VIII SIWZ – „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w ust. 1 pkt 2 Zamawiający nie

opisał warunku udziału w postępowaniu dotyczącej posiadanej przez wykonawców wiedzy i doświadczenia. Tym samym Odwołujący wniósł o określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia oraz żądania – zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający w odpowiedzi uznał – przywołując art. 26 2a ustawy Pzp, iż w świetle przepisów ustawy Pzp, nie jest do tego zobowiązany.

Pytanie nr 3 – W rozdziale VIII SIWZ – „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w ust. 1 pkt 3 w opinii Odwołującego Zamawiający nie opisał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Na powyższe pytanie Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż w rozdziale VIII SIWZ w ramach warunku określonego w pkt 1.3 wykonawca zobowiązany był do przedłożenia:

- wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Wykonawca musiał dysponować sprzętem określonym przez Zamawiającego w niniejszej odpowiedzi.

Pytanie nr 4 – w rozdziale VIII SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w ust. 1 pkt 4 Zamawiający wskazał, że „Warunek ten zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnie z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość co najmniej równą wartości brutto”. Odwołujący wystąpił o wyjaśnienie rozbieżności w powyższym zakresie i jednoznaczne określenie warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający wymaga „informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł”. W opinii Odwołującego Zamawiający nie określił w niniejszym postępowaniu warunku udziału dotyczącego wysokości posiadanych przez wykonawcę środków lub zdolności kredytowej. W związku z

powyższym wykonawca wniósł o określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy.

Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności zgodnie z przedmiotem niniejszego zamówienia na wartość co najmniej 1.000.000 zł oraz „Informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł.

Ponadto Zamawiający w toku rozprawy wskazał, iż co do warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy „sami z siebie” powinni załączyć odpowiednie dokumenty z których wynikałoby posiadanie stosowanej wiedzy i doświadczenia w odpowiednim zakresie, zaś niezłożenie stosownych dokumentów skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego określenia w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia

Izba uznała, iż w niniejszym stanie faktycznym powyższy zarzut potwierdził się.

Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z obecną treścią art. 22 ustawy Pzp o kształcie warunków udziału w postępowaniu decyduje zamawiający poprzez opis sposobu dokonywania ich oceny. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków ma na celu wypełnić konkretną treścią warunki wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. To Zamawiający w oparciu o zasady wynikające z ustawy Pzp ustala, jakie warunki podmiotowe, włączając w to warunek wiedzy i doświadczenia, powinien spełniać wykonawca. Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania opisu wszystkich warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp przewidujący, że wykonawca jest zobowiązany do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. O ile taki opis jest dokonywany przez zamawiającego, ma

obowiązek go zamieścić już w ogłoszeniu o zamówieniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z drugiej jednak strony Zamawiający zobowiązany jest do dokonania weryfikacji postawionego warunku wyłącznie w oparciu o dokumenty wymagane ogłoszeniem i specyfikacją. Weryfikacja warunku dokonana na podstawie dokumentów przedłożonych przez wykonawcę z własnej inicjatywy prowadzić może do dowolności a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji. Skoro zamiarem Zamawiającego jest weryfikacja warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, na co może wskazywać oświadczenie Zamawiającego złożone podczas rozprawy należy uznać, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający uważał za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania przedmiotowego zamówienia dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Tym samym Zamawiający – jeśli decyduje się w postępowaniu powyżej tzw. progów unijnych na weryfikację spełniania danego warunku udziału w postępowaniu - zobowiązany jest opisać sposób jego oceny oraz żądać adekwatnych dokumentów umożliwiających dokonanie sprawdzenia spełniania danego warunku skonkretyzowanego przez zamawiającego w realiach danego postępowania.

Izba zauważa, że celem opisu sposobu oceny warunków podmiotowych jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. To Zamawiający posiada kompetencje do kształtowania warunków udziału, w taki sposób aby dawały one odpowiedni poziom pewności co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Jednocześnie zasadnym jest podkreślenie, iż swoboda Zamawiającego nie jest nieograniczona - jej ramy wyznaczają przepisy ustawy Pzp, w tym odnoszące się do zapewnienia uczciwej konkurencji i równości wykonawców. Przy tym wskazania wymaga, iż opisu oceny warunków udziału w postępowaniu zamawiający dokonuje z uwzględnieniem realiów danej sprawy stosownie do przedmiotu zamówienia (opis powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego), na co wskazuje treść art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakemu służy i do jakiego został powołany w niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, uwzględnivszy, iż – jak wynika z rozprawy - Zamawiający uważa za celowe zweryfikowanie wiedzy i doświadczenia wykonawców Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez żądanie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady

Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) oraz dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Wobec wycofania przez Odwołującego zarzutu zaniechania przez Zamawiającego określenia w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oba zarzuty nie były przedmiotem rozpoznania przed Izba.

W następnej kolejności Izba rozpoznała zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z rzeczywistością tj. wskazania 30 dniowego terminu płatności w sytuacji, gdy Zamawiający dokonuje płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu usług będących przedmiotem zamówienia w terminie 360 dni.

Izba uznała, iż powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia na gruncie niniejszego stanu faktycznego, w świetle argumentacji Odwołującego o braku zamiaru „kredytowania Zamawiającego”, w szczególności trudno mówić o naruszeniu art. 29 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę iż Odwołujący oświadczył, iż należnych mu roszczeń z postępowań rozstrzygniętych przez Zamawiającego dochodzi na drodze sądowej.

W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 29 ustawy Pzp Izba nie stwierdziła przesłanek unieważnienia niniejszego postępowania na podstawie art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 Pzp, art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz treści Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....