

WYROK

z dnia 20 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Emil Kawa
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2013 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – „Impel Cleaning” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Hospital Service „Company” sp. z o.o. s.k. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi sprzątnia, transportu wewnętrznego oraz wykonywania prac pomocniczych przy pacjentach* (nr postępowania ZP/23/13)

prowadzonym przez zamawiającego: **„Kutnowski Szpital Samorządowy” sp. z o.o. Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Kutnowski Szpital Samorządowy im. dr. A. Troczewskiego” z siedzibą w Kutnie**

przy udziale **wykonawcy: L.S. Med. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez L.S. Med. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z uwzględnieniem wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: „Kutnowski Szpital Samorządowy” sp. z o.o. Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Kutnowski Szpital Samorządowy im. dr. A. Troczewskiego” z siedzibą w Kutnie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – „Impel Cleaning” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Hospital Service „Company” sp. z o.o. s.k. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: „Kutnowskiego Szpitala Samorządowego” sp. z o.o. Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Kutnowskiego Szpitala Samorządowego im. dr. A. Troczewskiego” z siedzibą w Kutnie na rzecz odwołującego: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – „Impel Cleaning” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Hospital Service „Company” sp. z o.o. s.k. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kutnowski Szpital Samorządowy” sp. z o.o. Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Kutnowski Szpital Samorządowy im. dr. A. Troczewskiego” z siedzibą w Kutnie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn *Usługi sprzątania, transportu wewnętrznego oraz wykonywania prac pomocniczych przy pacjentach* (nr postępowania ZP/23/13).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_188-324370 z 27 września 2013 r., z tym, że 25 września 2013 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.szpital.kutno.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 4.796.747,97 zł, co stanowi równowartość 1.193.339,63 euro.

28 listopada 2013 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia – „Impel Cleaning” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Hospital Service „Company” sp. z o.o. s.k. z siedzibą we Wrocławiu {dalej zwanych również w skrócie „Konsorcjum Impel”} – zawiadomienie z tej daty o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez L.S. Med. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

6 grudnia 2013 r. Odwołujący wniósł odwołanie w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu), w którym zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 3-11, art. 24 ust. 2 pkt 3, 4 i 5, art. 24b ust. 3 oraz art. 26 ust. 2b – przez zaniechanie wykluczenia wybranego Wykonawcy L.S. Med, mimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy L.S. Med, mimo że treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia.

4. Art. 91 ust. 1 – przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Uchylenia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę: L.S. Med.
2. Wykluczenia L.S. Med na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3-11, art. 24 ust. 3, 4 i 5 i art. 24b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b pzp.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez L.S. Med na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.
4. Dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

I. {niewykazanie przez L.S. Med warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie wartości wykonanych usług}

Według relacji Odwołującego w rozdziale IV lit. B SIWZ Zamawiający określił, że uzna za spełniony warunek udziału w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia, jeśli wykonawca przedstawi wykaz wykonanych co najmniej trzech, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług polegających na świadczeniu kompleksowej usługi sprzątnięcia szpitala wraz ze świadczeniem usług transportu wewnętrznego oraz wykonywania prac pomocniczych przy pacjentach, o łącznej wartości brutto minimum 5.000.000,00 zł w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Przy czym w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W uzasadnieniu

Odwołujący podniósł, że ponieważ w wykazie usług wyłącznie usługa na rzecz PCZ w Otwocku została w całości zakończona przed terminem składania ofert, tylko w tym jedynym przypadku L.S. Med może posługiwać się pełną wartością wynagrodzenia umownego przy określaniu swojego doświadczenia. W przypadku pozostałych dwóch usług – na rzecz SPZOZ w Chorzowie (data podpisania umowy 01.09.2013 r.) oraz na rzecz Olmedica (data podpisania umowy 01.07.2013 r.) – ponieważ obie umowy zostały zawarte w 2013 r., na krótko przed terminem składania ofert w przedmiotowym przetargu, Wykonawca nie może w wykazie usług uwzględniać wynagrodzenia za całą umowę, lecz

wartość kontraktu wyłącznie do dnia otwarcia ofert. Według wyliczeń Odwołującego łączna wartość wykonanych usług do dnia składania ofert w przedmiotowym postępowaniu wynosi 2.916.750,31 zł (1. Powiatowe Centrum Zdrowia w Otwocku na kwotę 2.358.286,99 zł; 2. SP ZOZ w Chorzowie: 5.691.755,52 zł / 48 x 3 = 355.734,72 zł; 3. Olmedica w Olecku: 729.822,96 zł / 18 x 5 = 202.728,60 zł). Odwołujący stwierdził, że L.S. Med przedstawia dla potwierdzenia zdobytego już doświadczenia usługi, których okres realizacji w zdecydowanej mierze przypada po terminie składania ofert. Odwołujący zarzucił, że takie działanie jest niedopuszczalne, gdyż z oczywistych względów Wykonawca nie może przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu posługiwać się „doświadczeniem” w odniesieniu do wykonywania usługi w przyszłości, które to wykonanie jeszcze nie nastąpiło i w rezultacie ma charakter wyłącznie hipotetyczny.

II. {niewykazanie przez L.S. Med warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia z uwagi na wadliwość zobowiązania do udostępnienia zasobów}

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że L.S. Med nie wykazał również spełnienia warunku udziału, o którym mowa w rozdziale IV lit. B SIWZ, gdyż w jego ofercie złożono wadliwe oświadczenie o udostępnieniu potencjału w trybie art. 26 ust. 2b pzp. Odwołujący sprecyzował, że wybrany Wykonawca przedstawił w swojej ofercie oświadczenie podmiotu Grupa LS. sp z o.o. z siedzibą w Warszawie o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b pzp, w którym brak jakiegokolwiek informacji o udziale podmiotu udostępniającego jako podwykonawcy. Wykonawca ponadto złożył w ofercie w formularzu ofertowym w pkt. 6 oświadczenie, że zamierza samodzielnie wykonać usługę w całości.

Odwołujący podkreślił, że obecnie mamy do czynienia z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, iż dysponowanie wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu wymaga uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia. Jedynie tytułem przykładu Odwołujący wskazał orzeczenie z 13 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1288/10), przywoływane wielokrotnie w innych orzeczeniach oraz w opiniach Prezesa UZP (por. <http://www.uzp.gov.pl>), w którym stwierdzono: (...) *nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.*

Odwołujący uznał również za istotne przywołanie opinii prawnej Prezesa UZP zawartej w kwartalniku UZP nr 11/2011 (opinia pt. zakres dokumentów', jakie przedstawia

wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków' podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotów trzecich") w której stwierdzono m.in.: *Za niewystarczające dla udowodnienia, na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia należy przy tym uznać złożenie jedynie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby treści: - „udostępniam doświadczenie i wiedzę celem realizacji zamówienia publicznego...” wraz z referencjami potwierdzającymi doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, na które powołuje się wykonawca. Ogólne oświadczenie o podanej wyżej treści w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Zamawiający nie uzyskuje bowiem żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze sposobu posługiwania się przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego. Uznanie takich dokumentów może natomiast doprowadzić do realizacji zamówienia przez podmiot nie posiadający kwalifikacji do realizacji zamówienia. (...) Wykonawca może więc stwierdzić, że sam doświadczenia w określonej dziedzinie nie posiada, ale jednocześnie zagwarantuje, że w tej części zamówienie wykona firma, która posiada wymagane doświadczenie. Przyjęcie odmiennej praktyki, zgodnie z którą wykonawca odwoływałby się do doświadczenia podmiotu trzeciego tylko dla celów postępowania a w praktyce zamierzał samodzielnie wykonywać zamówienie powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizacje zamówienia powierzałoby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. Gdyby zamówienie miał realizować podmiot, który pomimo postawionego na etapie postępowania warunku posiadania doświadczenia, takie doświadczenie będzie na niniejszym zamówieniu dopiero zdobywał, nie tylko byłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ale także obejście przepisów i zastosowanego w specyfikacji i ogłoszeniu o zamówieniu wymogu posiadania doświadczenia.*

Odwołujący przywołał również artykuł Aleksandry Sołtysińskiej i Grzegorza Wicika pt. *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów* {opubl. w Kwartalniku Prawo Zamówień Publicznych, nr 4 z 2009 r., wyd. C.H. Beck}, zwracając uwagę na konieczność rozróżnienia od siebie dwóch typów oddania przez inny podmiot niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia: po pierwsze – podwykonawstwa, rozumianego jako oddanie niezbędnych zasobów wraz z osobami, które realizują zamówienie lub jego część pod kierownictwem innego podmiotu, podlegając jedynie kontroli wykonawcy; po drugie – oddanie zasobów bez osób, względnie wraz z osobami, które pozostają pod kierownictwem wykonawcy, a nie innego podmiotu. W przypadku drugiego z wyróżnionych typów nie będziemy mieli do czynienia z bezpośrednim uczestnictwem innego podmiotu w realizacji

zamówienia. Udział ten ogranicza się jedynie do biernego oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy. Skoro zatem zasoby wiedzy i doświadczenia dzielą los prawny przedsiębiorstwa i nie mogą być wycinkowo oderwane od niego (w przeciwieństwie do zasobów w zakresie sprzętu, ludzi, środków finansowych), to jedyną możliwością oddania ich do dyspozycji wykonawcy jest udział bezpośredni przedsiębiorcy (innego podmiotu) w realizacji zamówienia, który przybiera formułę podwykonawstwa.

Odwołujący podsumował, że wobec wadliwości udostępnienia potencjału Wykonawca L.S. Med winien zostać wykluczony, gdyż nie spełnia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zrelacjonował również, że zgodnie z rozdziałem V pkt II (in fine) SIWZ jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda także od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w punktach: 10, 11, 12, 13, 14, 15 i 16.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ w ofercie brak dokumentów wymienionych w punktach: 10, 11, 12, 13, 14, 15 i 16, wybrany Wykonawca nie wykazał również, że nie podlega wykluczeniu i winien w rezultacie zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3-11 pzp.

III. {zaniechanie wykluczenia w związku z nieprawdziwym oświadczeniem o braku przynależności do grupy kapitałowej}

Zdaniem Odwołującego wybrany Wykonawca winien zostać również wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 5 i art. 24b ust. 3 pzp, gdyż w ofercie złożył oświadczenie (na str. 290), że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 5 pzp. ustawy prawo zamówień publicznych. Odwołujący zarzucił, że Wykonawca L.S. Med złożył nieprawdziwe oświadczenie w tym zakresie, gdyż: *Nie ulega wątpliwości, iż między wybranym Wykonawcą a spółką Grupa LS. Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie istnieje powiązanie kapitałowe, a podmioty te należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.). Wybrany Wykonawca winien zatem złożyć pozytywne oświadczenie, że należy do grupy kapitałowej i przedstawić wykaz podmiotów wchodzących w skład tej grupy.*

IV. {niezgodność treści oferty L.S. Med z treścią s.i.w.z.}

Odwołujący zarzucił, że oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp z dwóch powodów. Po pierwsze – Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 63 z 5.11.2013 wymagał do dezynfekcji

sprzętu używanego do sprzątanía i do dezynfekcji rąk personelu wykonawcy środków o pełnym spektrum działania B, F, V, Tbc. Wybrany Wykonawca zaproponował preparat Desam OX, który nie posiada pełnego spektrum działania, gdyż nie działa na Tbc w 15 minut oraz na wirusy polio i adeno. Podobnie do dezynfekcji rąk Wykonawca zaproponował preparat Skinman Soft, który również nie działa na wirusy polio i adeno. Po drugie – Zamawiający w pkt 16 rozdziału II.4 SIWZ wymagał zabezpieczenia powierzchni podłóg (wykładziny i płytki PC'V, terakota, parkiet, powierzchnia kamienna, lastriko i drewniana) warstwą akrylową ochronną. Mimo takiego obowiązku Wykonawca w swojej ofercie nie zaproponował żadnych środków do zabezpieczenia podłóg typu parkiet i drewnianych.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 9 grudnia 2013 r. kopii odwołania – 12 grudnia 2013 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z 11 grudnia 2013 r. zawierające zgłoszenie przez L.S. Med. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia do postępowania odwoławczego w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a zatem zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i został uiszczony wpis – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zostały również zgłoszone żadne wnioski w tym zakresie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska – zawarte w odwołaniu, piśmie pełnomocnika Zamawiającego złożonym na posiedzeniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole lub w złożonym piśmie – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwoławczy legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę sklasyfikowaną przez Zamawiającego na 2 miejscu. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty, która została uznana za najkorzystniejszą, naraża Odwoławczego na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego. W szczególności Izba przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., wyjaśnień treści s.i.w.z., oferty Przystępującego, a także protokołu postępowania

Izba wzięła również pod uwagę dowody przedstawione przez Odwoławczego i Zamawiającego do zamknięcia rozprawy, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić.

I.

Potwierdził się zarzut niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia z uwagi na zbyt małą wartość dotychczas zrealizowanych usług w stosunku do wymaganej przez Zamawiającego. Niezależnie od lakoniczności opisu sposobu oceny zamieszczonego w lit. B rozdziału IV s.i.w.z. nie może być wątpliwości, że Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia posiadania wiedzy i doświadczenia wynikłej z należytego świadczenia co najmniej trzech usług polegających na kompleksowym sprzątnięciu szpitala oraz transporcie wewnętrznym, o łącznej skali odpowiadającej co najmniej wartości 5 mln zł (brutto). Natomiast z uwagi na ciągły charakter tego typu usług nie miało znaczenia, czy wymagany wartościowo próg wiedzy i doświadczenia został osiągnięty z tytułu usług, których realizacja się zakończyła, czy też trwa nadal. Jedyna różnica jest taka, że w przypadku tych drugich należało przedstawić potwierdzenie należytego ich wykonywania, które zostało wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed

terminem składania ofert, czyli *de facto* można było się powołać na usługi, które są należycie wykonywane co najmniej od 3 miesięcy przed tym terminem.

Izba zważyła, że w toku postępowania odwoławczego ani Zamawiający, ani Przystępujący nie podważali przedstawionych w odwołaniu wyliczeń co do łącznej wartości, na którą opiewa dotychczasowa realizacja trzech usług objętych wykazem Przystępującego, spośród których tylko jedna dotyczy usługi w całości już zrealizowanej. Należy więc przyjąć, że niesporne jest, że łączna wartość tej usługi oraz usług należycie wykonywanych do terminu składania ofert osiągnęła niespełna 3 mln zł. Według Zamawiającego i Przystępującego nie ma to znaczenia, gdyż dwie usługi są wykonywane na mocy umów, których wartość opiewa na kwotę większą niż 5 mln zł. Takie stanowisko jest oczywiście błędne, gdyż warunek udziału w postępowaniu z istoty swej dotyczy wiedzy i doświadczenia posiadanej przez wykonawcę do upływu terminu składania ofert, a nie takiej, która może zostać dopiero nabyta w przyszłości. Wykonawca nie może się zatem skutecznie powołać na to, że z uwagi na wartość zawartych umów w przyszłości nabędzie wiedzę i doświadczenie o wymaganej skali. Z oczywistych względów nie sposób również przedstawić dowód należytego wykonania usług, które będą dopiero świadczone w przyszłości. Wobec tego Zamawiający bezpodstawnie odstąpił w przypadku Przystępującego od egzekwowania skali wiedzy i doświadczenia, która była wymagana na mocy dokonanego uprzednio opisu sposobu oceny warunku. Zamawiający zaniechał wymagania od Przystępującego wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia nabytego dzięki należytej realizacji usług o wartości co najmniej 5 mln zł. W ten sposób zamiast przestrzegać równego traktowania wykonawców, Zamawiający preferencyjnie potraktował Przystępującego w stosunku do wykonawców, którzy należycie zakończyli już realizację usług, gdyż tylko w takim przypadku weryfikował, czy nabyli wiedzę i doświadczenie o wymaganej skali.

Wszystkie pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu Izba uznała za niezasadne.

II.

Izba uznała za niezasadny zarzut niewykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia z uwagi na wadliwość oświadczenia Grupy LS. sp. z o.o. o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia, polegającą na tym, że podmiot ten nie będzie uczestniczył w wykonaniu przedmiotowego zamówienia jako podwykonawca.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi

stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Powyższa regulacja służy umożliwieniu wykonawcom wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu również przy pomocy potencjału podmiotów trzecich, tj. niebiorących udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba zważyła, że art. 26 ust. 2b pzp dopuszczając taką możliwość, nie określa w sposób wyczerpujący sposobu w jaki wykonawca ma postąpić dla osiągnięcia celu. Z przepisu wynika konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, że będzie dysponował zewnętrznymi zasobami, na które się powołuje. Z Art. 26 ust. 2b pzp wynika, że może to być, ale nie tylko, wymieniony przykładowo środek dowodowy w postaci pisemnego zobowiązania innego podmiotu, który ma takie zasoby, jakich potrzebuje wykonawca, do ich udostępnienie temu wykonawcy. Z uwagi na różny charakter stosunków, które mogą łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, a także zróżnicowany charakter zasobów podlegających udostępnieniu, przepis nie określa uniwersalnej treści takiego zobowiązania, która niezależnie od okoliczności gwarantuje skuteczne wykazanie przez wykonawcę możliwości polegania na zasobach innego podmiotu niezbędnych do wykonania zamówienia. Izba podziela stanowisko, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, będzie niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia. Wbrew stanowisku Odwołującego na ma jednak podstaw prawnych, aby skuteczność wykazania rzeczywistego charakteru przekazania potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia uzależniać od tego, czy podmiot ten będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca. Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11).

Izba zważyła, że odwołanie, poza wskazaniem na brak podwykonawstwa podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie oraz zacytowaniem lub powołaniem się na wypowiedzi orzecznictwa i doktryny w tym zakresie, nie zawiera żadnego odniesienia się do treści zobowiązania z 20 listopada 2013 r. załączonego do oferty Przystępującego. Izba ustaliła, że Grupa LS. sp. z o.o. zobowiązała się do udostępnienia L.S. Med. sp. z o.o. posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie świadczenia usług utrzymania porządku i czystości przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Przy czym sprecyzowano, że będzie to polegało na stałym doradztwie oraz konsultacjach, w szczególności dotyczących szkolenia

pracowników, technologii wykonywania prac i ogólnie pojętej wiedzy przez cały okres wykonywania zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający miał zatem podstawy, aby uznać, że Przystępujący będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem Grupy LS. Na rozprawie Przystępujący przedstawił umowę z 1 października 2013 r. łączącą go z Grupą LS. w zakresie udostępnienia zasobów, w tym wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z § 2 udostępnienie tego potencjału ma polegać również na przekazaniu know-how, w szczególności w zakresie restrukturyzacji zatrudnienia, zarządzania personelem i technologii sprzątnia, udostępnienia wglądu w dokumentację związaną z realizacją zamówienia na rzecz Powiatowego Centrum Zdrowia sp. z o.o. w Otwocku (poz. 2 wykazu załączonego do oferty Przystępującego), wreszcie – w razie zaistnienia takiej potrzeby – oddelegowaniu do L.S. Med. współpracowników odpowiedzialnych za realizację tego zamówienia, w celu bezpośredniego przekazania przez nich wiedzy i doświadczenia związanego z przedmiotem zamówienia. Co prawda, treść tej umowy nie była znana Zamawiającemu, jednak w zobowiązanie przedstawione Zamawiającemu wskazywało na fakt jej zawarcia. Z tego względu Izba uznała przedstawioną umowę za dodatkowy dowód potwierdzający treść zobowiązania załączonego do oferty. Dla oceny możliwości skorzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu nie bez znaczenia jest okoliczność, że Przystępujący dysponuje własną wiedzą i doświadczeniem w zakresie sprzątnia i transportu wewnętrznego, o czym świadczą usługi opisane w poz. 1 i 3 wykazu, które dotychczas były wykonywane należycie.

III.

Zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego w związku ze złożonym oświadczeniem o braku przynależności do grupy kapitałowej należało uznać za oczywiście niezasadny.

Do zamknięcia rozprawy Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności, które świadczyłyby o tym, że L.S. Med. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Grupa LS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Izba zważyła, że z mocy art. 190 ust. 1 pzp na Odwołującym ciążył ciężar wykazania, że – jak twierdził w odwołaniu – jest to oczywiste. W konsekwencji brak było jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że złożone przez Przystępującego oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej jest nieprawdziwe.

IV.

Niezasadne okazały się również zarzuty dotyczące zaoferowania przez

Przystępującego preparatów nie spełniających parametrów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze – bezpodstawny okazał się zarzut braku w ofercie Przystępującego środka do zabezpieczenia akrylową warstwą ochronną podłóg drewnianych. Zamawiający i Przystępujący wykazali, że wymieniony w poz. 15 wykazu środków preparat Longlife Hospital – zgodnie z ulotką (str. 192 oferty) zapewnia tego typu powłokę, która nazwana została dyspersją pielęgnacyjną. Zamawiający dodał, że środek ten nie może być stosowany jedynie do powierzchni drewnianych nielakierowanych, które jednak nie występują na terenie szpitala. Odwołujący, co prawda, formalnie nie wycofał zarzutu, ale w żaden sposób nie ustosunkował się do tych twierdzeń strony przeciwnej. Izba zważyła w tych okolicznościach, że pomimo obowiązku wynikającego z art. 190 ust. 1 pzp, Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu braku w ofercie Przystępującego środka do powierzchni drewnianych spełniającego funkcję opisaną w ppkt 16 pkt 4 rozdziału II s.i.w.z.

Po drugie – nie ma znaczenia, czy preparaty Desam OX oraz Skinman Soft z oferty Przystępującego (odpowiednio poz. 1 i 2 wykazu środków) działają na wirusy polio i adeno, gdyż ani z pierwotnej treści s.i.w.z., ani z później udzielnych wyjaśnień nie wynikało, że Zamawiający tego wymaga. Z tego względu bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy okazały się dowody przedstawione przez Odwołującego (ulotki produktowe i karty charakterystyki dla preparatów Skinman Soft, Desprej i Desam OX) i Przystępującego (ulotki produktowe dla preparatów Skinman Soft i Desam OX). Ponieważ w odwołaniu nie wskazano żadnego postanowienia s.i.w.z. precyzującego parametr wirusobójczego działania na wirusy polio i adeno środków do dezynfekcji sprzętu i rąk personelu, należy przyjąć, że wyłączną podstawą do wywiedzenia przez Odwołującego takiego wymagania są wyjaśnienia treści s.i.w.z. udzielone w odpowiedzi na pytanie nr 63. Izba ustaliła że w Wyjaśnieniach nr 2 treści s.i.w.z. z 5 listopada 2013 r. pod nr 63 zamieszczono następujące pytanie wykonawcy i odpowiedź Zamawiającego: *Czy Zamawiający potwierdza, że wymaga, aby w salach chorych na oddziale neonatologicznym i pediatrycznym, były stosowane wyłącznie środki dezynfekcyjne o spektrum działania B, Tbc, F, V (HIV, HBV, HCV, Rota) posiadających aktualną opinię Instytutu Matki i Dziecka? Zamawiający zapewnia środki do dezynfekcji powierzchni, wyposażenia i sprzętu, a Wykonawca ma zapewnić preparaty do utrzymania czystości oraz preparaty dezynfekcyjne lub myjąco-dezynfekujące do dezynfekcji sprzętu używanego do sprzątnięcia i do dezynfekcji rąk personelu Wykonawcy, Środki te powinny posiadać pełne spektrum działania (B.F.V.Tbc). Stosowane preparaty nie powinny być zabronione do stosowania w Oddziale Dziecięcym i Noworodkowym.* Izba stwierdziła, że ani z treści pytania, ani z udzielonej odpowiedzi, a przede wszystkim z ich wzajemnego powiązania, nie wynika wprowadzenie przez Zamawiającego wymagania, aby

wirusobójcze działanie preparatów zapewnianych przez wykonawcę obejmowało wirusy polio i adeno. Wykonawca pytał, czy środki używane na oddziałach neonatologicznym i pediatrycznym obejmowały swoim spektrum działania bakterie {B}, grzyby {F}, wirusy {V} i prątki {Tbc}, przy czym – akurat w zakresie wirusów – sam sprecyzował 4 rodzaje wirusów {HIV, HBV, HCV, Rota}, wśród których nie wymienił ani wirusa polio, ani wirusa adeno. Z kolei Zamawiający w odpowiedzi potwierdził ten zakres, o który był pytany, a zatem nie ma żadnych podstaw, aby wywieść, że przez *pełne spektrum działania (B.F.V.Tbc)* należy rozumieć działanie na wirusy nieobjęte treścią pytania. Zapytany na rozprawie Odwołujący nie zaprzeczył, że zadane pytanie nie dotyczyło działania na wirusy polio i adeno. Wobec braku oparcia zarzutu w treści s.i.w.z. obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący bezskutecznie usiłował na rozprawie wywieść wymaganie ze specyfikacji obowiązującej w innym postępowaniu o udzielnie zamówienia, którego kolejne rozstrzygnięcia było przedmiotem wyroków Izby: z 3 września 2013 r. (sygn. akt KIO 1950/13) i z 13 listopada 2013 r. (sygn. akt KIO 2478/13). Tymczasem z uzasadnienia wyroku w drugiej z tych spraw wynika, że treść s.i.w.z. obowiązującej w tamtym postępowaniu była odmienna, od początku formułowała wymaganie pełnej wirusobójczości preparatów, co jednak charakterystyczne, w przypadku jednego z typów preparatów uznano, że wymaganie to zostało następnie ograniczone z uwagi na wyjaśnienia treści s.i.w.z., w których wprost wskazano na wirusobójczość w zakresie HIV, HBV, HCV i Rota. W przedmiotowym postępowaniu wyłącznie taki zakres wymaganego działania można wyprowadzić na podstawie wyjaśnień treści s.i.w.z. udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na konkretne pytanie wykonawcy. Izba zważyła również, że ani w odwołaniu, ani na rozprawie Odwołujący nie wykazał, że w s.i.w.z. sprecyzowano wymaganie działania preparatów na Tbc w 15 minut.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz

jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy. Nie uwzględniono wniosku o zasądzenie kosztów przejazdu pełnomocnika samochodem osobowym, z uwagi na niewystarczający charakter złożonego wyliczenia tych kosztów.

Przewodniczący:

.....

.....