

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 17 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Marta Polkowska**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu **17 listopada 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **4 listopada 2014 r.** przez konsorcjum wykonawców: **DERŚLAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. o.o. ul. Ruszczajska nr 24, 28-230 Połaniec** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. H. Kamińskiego nr 73A, 51 -124 Wrocław**, przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego:

**A.** konsorcjum firm: **NIRO Sp. z o.o.; ALTER Sp. z o.o.; ORION Sp. z o.o.; NIROPRIM Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin,**

**B.** konsorcjum firm: **Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K., Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**

- wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.
3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego - konsorcjum wykonawców: **DERŚLAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. o.o. ul. Ruszczajska nr 24, 28-230 Połaniec** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Kompleksowa usługa utrzymania czystości, wykonywania dezynfekcji oraz usługa transportu wewnątrzszpitalnego w pomieszczeniach budynków Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu” o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, (Dz. Urz. UE 2013/S 158 -284640 z 20.08.2014 r.), w dniu 4 listopada 2014 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez konsorcjum wykonawców: DERSŁAW Sp. z o.o., DGP Clean Partner Sp. z o.o., DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. o.o. z siedzibą lidera w Połańcu, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem wezwania za pośrednictwem faksu z dnia 28 października 2014 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oferty przez odwołującego w zakresie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług dotyczących usługi transportu wewnątrzszpitalnego (pkt. 3 wezwania) oraz w zakresie dezynfekcji.

Powyżej czynności zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej ustawy Pzp, tj.:

1) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez czynność wezwania do uzupełnienia oferty odwołującego pomimo załączenia do oferty dokumentu referencyjnego spełniającego wymagania określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231);

2) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt. 3 w zw. z ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez żądanie wykazania należytego wykonania poszczególnych elementów składających się na całe zamówienie, ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania go do uzupełnienia dokumentu - dokonanej w dniu 28.10.2014 r. w zakresie kwestionowanym niniejszym odwołaniem.

Odwołujący powoływał się na interes w uzyskaniu zamówienia gdyż złożył ofertę spełniającą warunki udziału w postępowaniu (także w kwestionowanym zakresie) ponadto zawierającą najniższą cenę, natomiast na skutek zaniechania prawidłowej jej oceny oraz czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów może ponieść szkodę w postaci uniemożliwienia mu dalszego udziału w postępowaniu, a przez to uniemożliwienia uzyskania zamówienia. Ponadto na skutek wadliwej oceny oferty odwołującego, a w konsekwencji niezgodnej z przepisami Pzp czynności wezwania do uzupełnienia oferty - odwołujący może ponieść dodatkowo szkodę w postaci zatrzymania wadium.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający w dniu 28.10.2014 r. (znak pisma: Szp/FZ-55/596/2014) wezwał go do uzupełnienia oferty, pomimo załączenia do oferty dokumentu referencyjnego spełniającego wymagania określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, tj.: w § 1 ust. 1 pkt. 3 w zw. z ust. 2 pkt. 1 tegoż rozporządzenia - poprzez żądanie wykazania należytego wykonania poszczególnych elementów składających się na całe zamówienie.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z treścią rozdziału VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zatytułowanego „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” w pkt. 2 lit. B w celu wykazania spełniania warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy mają wykazać się należytych wykonaniem minimum jednej usługi/zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Za zamówienie podobne Zamawiający uzna: zamówienie na usługę utrzymania czystości, wykonywania dezynfekcji oraz usługę transportu wewnątrzszpitalnego wykonaną w obiektach służby zdrowia o charakterze wieloprofilowym, posiadającej w swojej strukturze oddziały o podwyższonym ryzyku epidemiologicznym o powierzchni minimum 30 000,00 m<sup>2</sup> każda, trwającej minimum 24 miesiące w ramach jednego kontraktu.

W celu potwierdzenia spełniania warunku należało załączyć do oferty:

1. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług 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 odbiorców na rzecz, których usługi

zostały wykonane oraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie według załącznika nr 5 do SIWZ.

2. Dowodami, o których mowa powyżej są:

a) poświadczenie;

b) inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionych przyczyn obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 2 lit.a).

Odwołujący podał, że w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia załączył do złożonej oferty:

- wykaz usług według załącznika nr 5 do SIWZ, wskazując w kolumnie dotyczącej rodzaju zamówienia wraz z zakresem rzeczowym - zamówienie, na które składały się usługi utrzymania czystości, wykonywania dezynfekcji oraz usługa transportu wewnątrzszpitalnego w obiektach szpitalnych, posiadających w swojej strukturze oddziały o podwyższonym ryzyku epidemiologicznym, o powierzchni powyżej 30.000,00 m<sup>2</sup>, a ponadto

- zaświadczenie z dnia 18.08.2014 r. o wykonywaniu przedmiotowych usług wydane dla spółki udostępniającej tj. MW-DIAS a.s., potwierdzające, że spółka MW-DIAS s.a. z siedzibą w Ostrava - Moravska Ostrava, Stodolni 316/2, kod pocztowy 702 00, wykonuje kompleksowe usługi sprzątnięcia w budynkach szpitalnych oraz administracyjnych w obiektach spółki: Szpital Uniwersytecki Olomouc, I.P. Pavlova 6,775 20 Olomouc. Zaświadczenie zawiera również oświadczenie wystawiającego je, z którego wynika, że usługi świadczone przez spółkę MW-DIAS wykonywane są na poziomie profesjonalnym, terminowo oraz w należytej jakości.

Pomimo powyższego w dniu 28.10.2014 r. zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odwołującego m.in. do złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług dotyczących usługi transportu wewnątrzszpitalnego (pkt. 3 wezwania). Ponadto analiza dalszej części wezwania przywiodła odwołującego do wniosków, iż zamawiający oczekuje również dodatkowego potwierdzenia należytego wykonania dezynfekcji, a nie tylko transportu wewnątrzszpitalnego gdyż zawarł zdanie, z którego wynika, że „dołączone do oferty zaświadczenie o wykonywaniu usługi nie potwierdza należytego wykonania usługi dezynfekcji i transportu wewnątrzszpitalnego”.

Odwołujący nie zgodził z czynnością zamawiającego polegającą na wezwaniu go do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w kwestionowanym zakresie, gdyż w jego ocenie nie doszło do ziszczenia się żadnej z dwóch przesłanek uzasadniających wszczęcie postępowania uregulowanego w art. 26 ust. 3 Pzp z następujących powodów.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zamawiający może żądać następujących dokumentów (...) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, 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 dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r. sygn. akt. KIO 379/14 czy orzeczenie KIO z dnia 8 maja 2014 r. sygn. akt. KIO 797/14). Przy czym zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryną przedmiotu - dokumentem potwierdzającym posiadanie wiedzy i doświadczenia w wymaganym zakresie jest przede wszystkim poza ogólnym oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu - oświadczenie złożone przez wykonawcę w wykazie dostaw/usług/robót budowlanych, natomiast załączane do wykazu dowody mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie bądź wykonywanie usług wskazanych i dokładnie opisanych w wykazie. Wynika to z literalnego brzmienia przywołanego przepisu rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.... Wykonawcy, zatem mają obowiązek udowodnić za pomocą - co do zasady poświadczenia, że wskazane zamówienie (usługa/dostawa/roboty budowlane), jako całe zadanie zostało wykonane należycie, natomiast z poświadczenia nie musi wynikać, że poszczególne elementy składające się na wykonane/wykonywane zamówienie zostały/są wykonane/wykonywane należycie. Tak, więc wymaganie, aby dokumenty referencyjne załączane do wykazu zawierały czy potwierdzały jakiegokolwiek inne informacje podane w wykazie, odwołujący poczytał za naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia. W konsekwencji za bezprawne uznał oczekiwanie, aby przedłożone przez niego dokumenty potwierdzały należyte wykonanie poszczególnych elementów składających się na całe wskazywane zamówienie. Odwołujący zaznaczał, że dokument, który złożył potwierdzający należyte wykonanie całego zamówienia poświadcza jednoznacznie należyte wykonanie poszczególnych elementów składających się na przedmiot zleconego zamówienia, czy też innymi słowy nienależyte wykonanie chociażby jednego z elementów składowych przedmiotu zamówienia - stanowiłoby wystarczającą podstawę do odmówienia wydania dokumentu referencyjnego na całe zadanie. Skoro, zatem odwołujący załącza do oferty dokument potwierdzający należyte wykonywanie całego zadania należy przyjąć, iż element oceny „należyte” odnosi się również do poszczególnych elementów tworzących

cały przedmiot danego zamówienia, a więc potwierdza również należyte wykonywanie transportu wewnątrzszpitalnego oraz dezynfekcji. Na poparcie przedstawionej argumentacji odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący argumentował stawiane zarzuty, że identyfikacja przedmiotu usługi czy dostawy w dokumencie referencyjnym ma polegać na takim wskazaniu przedmiotu, aby nie było wątpliwości, którego z zamówień wskazanego w wykazie dokument ten dotyczy, nie chodzi natomiast o konieczność wskazywania w dokumencie referencyjnym wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia. Reasumując, podtrzymał, że skoro dokument referencyjny ma potwierdzać należyte wykonanie/wykonywanie wskazanych w wykazie zamówień - jako całości a nie poszczególnych elementów składających się na zamówienie oraz ma z niego wynikać, kto wykonał określone zamówienie i na czyją rzecz (zlecającego) - to takie warunki spełnia załączone do oferty odwołujących zaświadczenie, zatem dokonana przez zamawiającego czynność wezwania do uzupełnienia uznał za pozbawioną podstaw faktycznych a w konsekwencji i prawnych.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 listopada 2014 r. zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego (w kopii przesłane stronom) złożyli:

- A. w dniu 6 listopada 2014 r. konsorcjum firm: NIRO Sp. z o.o.; ALTER Sp. z o.o.; ORION Sp. z o.o.; NIROPRIM Sp. z o.o., które podało, że z faktu, iż złożyło ofertę niepodlegającą odrzuceniu, wynika jego interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego;
- B. w dniu 7 listopada 2014 r. konsorcjum firm: Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K., Impel Cleaning Sp. z o.o., które podało, że z faktu, iż złożyło ofertę w postępowaniu, wynika jego interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego;

W dniu 7 listopada 2014 r. odwołujący drogą elektroniczną zgłosił opozycję w trybie art. 185 ust. 4 Pzp, przeciwko przystąpieniu ww. konsorcjum firm NIRO Sp. z o.o.; ALTER Sp. z o.o.; ORION Sp. z o.o.; NIROPRIM Sp. z o.o., ul. Ścinawska 37, 59-300 Lublin do postępowania odwoławczego, wskazując na brak interesu po ich stronie w popieraniu stanowiska zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum firm: NIRO Sp. z o.o.; ALTER Sp. z o.o.; ORION Sp. z o.o.; NIROPRIM Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały spełnione. Postępowanie przetargowe jest w fazie

przed dokonaniem oceny ofert, zatem nie jest wiadome, jakie oferty będą podlegały ocenie według kryteriów i która ze złożonych ofert zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza. Kryterium oceny ofert została ustanowiona najniższa cena – waga 80% oraz liczba etatów przeliczeniowych – 20%. Nie można, więc obecnie z całą pewnością prognozować wyniku postępowania, a oferta przystępujących zawiera drugą w kolejności najkorzystniejszą cenę. Bez znaczenia pozostawało, że rozstrzygnięcie dotyczy kwestii wпадkowej - zasadności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, gdyż skutki tej czynności mogłyby rzutować na sytuację wykonawcy w postępowaniu. Tym samym, Izba nie uwzględniła opozycji odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum firm: Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K., Impel Cleaning Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, uznając że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały spełnione.

Zamawiający w dniu 14 listopada 2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie następującej treści: *„Wobec powyższego Zamawiający wnosi o uznanie odwołania za zasadne i umorzenie postępowania”*.

Przepis art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, po warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie odwoławcze, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z art. 186 ust. 4 Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba rozpoznaje odwołanie.

Konsorcjum firm: Hospital Service „Company” Sp. z o.o. Sp. K., Impel Cleaning Sp. z o.o. zawiadomiło Prezesa Izby faksem z dnia 14 listopada 2014 r., że nie będzie składać sprzeciwu od uwzględnienia przez zamawiającego wniesionego odwołania.

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r.

poz. 964 j.t.) Izba jedynie w ramach czynności przygotowawczych do rozprawy wzywa wykonawcę, który złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu. Po wyznaczeniu terminu rozprawy, wykonawca może zgodnie z art. 186 ust. 5 ustawy Pzp złożyć sprzeciw pisemnie lub ustnie do protokołu. Przystępujący - konsorcjum firm: NIRO Sp. z o.o.; ALTER Sp. z o.o.; ORION Sp. z o.o.; NIROPRIM Sp. z o.o. mimo prawidłowego powiadomienia na posiedzenie Izby nie przybył, czym dał wyraz braku zainteresowania wniesieniem sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający ze skutkiem prawnym uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a przystępujący po jego stronie wykonawcy nie skorzystali z prawa wniesienia sprzeciwu, Izba działając na podstawie art. 186 ust. 3 w związku z art. 192 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze, o czym orzekła postanowieniem.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba miała na uwadze, że uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, zatem z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2b) ustawy Pzp koszty znosi się wzajemnie między stronami.

Jednocześnie, w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: .....**