

Sygn. akt: KIO 1235/17

POSTANOWIENIE
z dnia 3 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 3 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 czerwca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Clar System Spółka Akcyjna**, ul. Janickiego 20B, (60-542 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej**, Karowa 2 (00-315 Warszawa),

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Clar System Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu kwoty 15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), stanowiącej kwotę uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Clar System Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, którego przedmiotem jest: „Utrzymanie czystości Szpitala” (nr referencyjny: 12/05/17). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 03/06/2017 w Dzienniku Urzędowym UE. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego - Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej w dniu 05/06/2017 r. Wykonawca w odwołaniu wskazał, że kwestionowane postanowienia specyfikacji naruszają:

1. art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego prawidłowego, tj. zgodnego z treścią określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymogu dotyczącego zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia pomimo, że przedmiot oraz charakter tych czynności - tj. czynności związane z utrzymaniem czystości na terenie szpitala oraz nadzór nad wykonywaniem pracy przez personel sprzątający - implikuje ich wykonywanie na podstawie umowy o pracę zgodnie z art. 22 § 1, § 11 i § 12 K.p., czym został naruszony przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, art. 36 ust. 2 pkt 8a lit c) ustawy Pzp w zw, z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG; zwanej dalej: „Dyrektywą”) w zw. z motywami Dyrektywy nr 37,40,103 i 105 w zw. z art. 22 § 1, § 11 i § 12 K.p.;
2. art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1,2 i 6 ustawy Pzp, albowiem dokonany opis przedmiotu zamówienia oraz opis sposobu obliczenia ceny, uniemożliwia porównanie ofert, co przejawia się w zaniechaniu określenia w opisie przedmiotu zamówienia wyrażonego w procentach stosunku wartości usługi pomocniczych przy pacjencie zwolnionych z podatku VAT do zakresu całkowitej wartości usług utrzymania czystości opodatkowanych podatkiem VAT, co zważywszy także na treść formularza ofertowego i opisany w nim sposób obliczenia ceny, doprowadzi do złożenia ofert, których ceny nie będą mogły zostać porównane z uwagi, na to, że każdy wykonawca będzie mógł w sposób dowolny i sprzeczny z przepisami prawa ustalić proporcję wartości usług zwolnionych od podatku VAT w stosunku do usług opodatkowanych tym podatkiem, co będzie miało wpływ na naruszenie uczciwej konkurencji w toku postępowania i doprowadzi do

złożenia ofert, których ceny zostaną obliczone w sposób dowolny i różny, uniemożliwiający ich porównanie;

3. w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 8 do SIWZ):
 - a) art. 14, art. 139 § 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c., 58 § 1 i 2 k.c., art. 5 kc, 483 § 1 k.c. i art. 471, 475 § 1, 491 § 1 oraz art. 4921 k.c. z uwagi na określenie w § 9 ust. 1 pkt 1 projektu umowy postanowienia przewidującego, że w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub odstąpienia od umowy przez Wykonawcę, Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% wartości wynagrodzenia z podatkiem VAT określonego w § 7 ust. 1;
 - b) art. 7 ust. 1, art. 14, oraz art. 139 § 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353* k.c., 58 § 1 i 2 k.c., art. 5 k.c., art. 395 § 1 k.c. z uwagi na określenie w § 3 ust. 29 in fine oraz w § 6 ust. 1 i 2 projektu umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy bez zastrzeżenia terminu, w którym Zamawiający z uprawnienia do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego może skorzystać;
4. art. 23 ust. 1 i ust. 4 w zw. art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, z uwagi na nieuprawnione i nie znajdujące oparcia w przepisach ustawy Pzp żądanie sformułowane w rozdziale XXI pkt 2 SIWZ wymogu, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia przedstawili Zamawiającemu umowę określającą zasady ich współpracy w formie (charakterze) i o treści żądanej przez Zamawiającego w tym postanowieniu SIWZ;
5. art. 147 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na sformułowanie w § 10 ust. 1 projektu umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) wymogu, by zabezpieczenie należytego wykonania umowy służyło pokryciu roszczeń Zamawiającego także z tytułu rękojmi za wady, podczas gdy, mając na względzie charakter i zakres przedmiotowy zamówienia publicznego, instytucja rękojmi za wady nie znajdzie zastosowania w przedmiotowym postępowaniu;
6. art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zwanego dalej: „Rozporządzeniem”) oraz art. 143b ust. 8 ustawy Pzp z uwagi na określenie w § 11 ust. 4 projektu umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) postanowienia uprawniającego Zamawiającego do żądania przedłożenia przez wykonawcę potwierdzonej za zgodność z oryginałem odpisu, zawartej umowy o podwykonawstwo, której wartość przekracza kwotę 10.000,00 złotych, co stanowi zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego uprawnienia nie znajdujące oparcia w przepisach ustawy Pzp oraz Rozporządzenia;
7. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 30 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie w załączniku nr 5 do SIWZ (ppkt 1,2,3,4,5,6,7 i 8 tego załącznika) opisu stosowanych środków i materiałów zużywalnych w taki sposób, że zawężona została

konkurencja do produktów jednego producenta przy równoczesnym zaniechaniu przez Zamawiającego zastrzeżenia, że dopuszcza produkty równoważne i zaniechanie wskazania zakresu równoważności;

8. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, przy pomocy niedokładnych określeń oraz w sposób nieuwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert, co przejawia się w zaniechaniu przez Zamawiającego:
 - a. sporządzenia, jako załącznika do projektu umowy lub SIWZ, wzoru listy obecności osób realizujących usługę w poszczególnych jednostkach szpitala, o której mowa w rozdziale III pkt III ppkt 12 SIWZ (str. 6 SIWZ);
 - b. określenia w SIWZ podstaw do określenia przez wykonawców wysokości kwot, którymi Zamawiający będzie ich obciążał w związku z udostępnieniem wykonawcom energii elektrycznej oraz wody, i poprzestanie w tym zakresie jedynie na przewidzeniu, że Rozliczenia za wykorzystane media nastąpi na podstawie ustalenia miesięcznego ryczałtu. Informacja dotycząca sposobu rozliczenia będzie wynikać z treści podpisanego przez strony porozumienia” (rozdział III pkt IV ppkt 7 in fine SIWZ; str. 7 SIWZ);
- b) określenia w opisie przedmiotu zamówienia (lub dodania do dokumentacji postępowania jako kolejnego załącznika) informacji dotyczących sposobu gospodarowania odpadami w obiektach Zamawiającego, a poprzestanie w tym zakresie jedynie na informacji, że Zebrane podczas sprzątania odpady, umieszczone w opakowaniach odpowiednich do ich rodzaju usunąć do miejsca składowania: - zgodnie z obowiązującą procedurą nr 07 „Zarządzanie odpadami” (załącznik nr 1 do SIWZ Plan higieny, str. 2);
9. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 tej ustawy, co przejawia się w nie określeniu przez Zamawiającego w Planie higieny (lub w innym dokumencie) sposobu i częstotliwości mycia inkubatorów oraz łóżek oraz łóżeczek noworodków, podczas gdy w załączniku nr 1 Plan higieny Szpitala znalazła się jedynie ogólna informacja, wskazująca, że wykonywanie tych czynności wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia;
10. art. 24 ust. 1 pkt 23 w zw. z ust. 11 ustawy Pzp, art. 26 ust. 2f ustawy Pzp oraz przepisów Rozporządzenia z uwagi na określenie w rozdziale X ppkt 6 in fine (str. 11 SIWZ) obowiązku wykonawcy aktualizowania, po wcześniejszym złożeniu zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, treści oświadczenia w przedmiocie przynależności albo nie do grupy kapitałowej, podczas gdy żaden przepis ustawy oraz Rozporządzenia nie nakłada obowiązku dokonywania takiej aktualizacji z urzędu;
11. art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 ust. 1 oraz ust. 4 Dyrektywy z uwagi na określenie w niniejszym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i uniemożliwiający dokonanie rzeczywistej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

12. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp z uwagi na określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej określonego w rozdziale VIII pkt 2 ppkt 2 lit b) SIWZ (co zostało powtórzone w § 3 ust. 31 pkt 2 projektu umowy) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób nadmierny w stosunku do celu, któremu określenie warunku udziału w postępowaniu ma służyć, a nadto określenie tego warunku w sposób niezgodny z przepisem § 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci, czym został naruszony także przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;
13. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, przy pomocy niedokładnych określeń oraz w sposób nieuwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert, co przejawia się w zaniechaniu określenia przez Zamawiającego typu/rodzaju posiadanych przez niego urządzeń autoclaw, o których mowa w rozdziale VIII pkt 2 ppkt 2 lit b) SIWZ oraz rozdziale XXI pkt 5 lit d) SIWZ, tj. urządzeń służących do odkażania i utylizacji resztek badanego materiału metodą pary wodnej pod ciśnieniem.

Do postępowania odwoławczego w terminie określonym art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający - piśmie z dnia 30 czerwca 2017 r. - w odpowiedzi na odwołanie podał, że wnosi o oddalenie dwóch zarzutów [pkt 2 i 11 odwołania], z których pierwszy dotyczy: (1) naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 6 ustawy Pzp - dokonanie - opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu obliczenia ceny, który uniemożliwia porównanie ofert, co przejawia się w zaniechaniu określenia w opisie przedmiotu zamówienia wyrażonego w procentach stosunku wartości usługi pomocniczych przy pacjencie zwolnionych z podatku VAT do zakresu całkowitej wartości usług utrzymania czystości opodatkowanych podatkiem VAT, a drugi (2) naruszenia art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 ust. 1 oraz ust. 4 Dyrektywy - określenie - warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i uniemożliwiający dokonanie rzeczywistej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W pozostałym zakresie w odniesieniu do zarzutów wg pkt 1, 3 do 10 oraz pkt 12 i 13 odwołania oświadczył, że te zarzuty podlegają uwzględnieniu powołał się na modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 29/06/2017 r.

Zamawiający wniósł jednocześnie o pominięcie zarzutów uwzględnionych i ewentualnie na podstawie dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp - wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Odwołujący w piśmie z dnia 22 czerwca 2017 r. złożonym do akt sprawy w tej dacie oświadczył, że na podstawie art. 187 ust.8 ustawy Pzp cofa odwołanie, a w zdaniu drugim wskazując również na art. 187 ust.8 *in fine* wniósł o zarządzenie zwrotu odwołującemu 90% wpisu uiszczzonego od odwołania.

Mając na uwadze stan faktyczny i aspekt prawny sprawy Izba uznała, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w związku z art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

Wskazany art. 186 ust. 3a ustawy Pzp stanowi: *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.*

Przepis w zakresie ust.3a wprowadzony został ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Zgodnie z jego dyspozycją w sytuacji, w której zamawiający uwzględnia część zarzutów przedstawionych w odwołaniu i jednocześnie odwołujący wycofuje pozostałe zarzuty, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Takie rozwiązanie sprawy może nastąpić pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, tak jak w niniejszej sprawie. Także dotyczy sytuacji, gdy wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W każdym z tych przypadków zamawiający zobowiązany

będzie wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zdaniem Izby, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący składając oświadczenie o cofnięciu odwołania *de facto* cofa zarzuty w zakresie nieuwzględnionym. Następstwem zatem takiej wykładni oświadczenia woli złożonego w piśmie z dnia 03/07/2017 jest zastosowanie wnioskowanej przez Zamawiającego, jako podstawy prawnej umorzenia postępowania odwoławczego art. 186 ust.3a ustawy Pzp. W następstwie bowiem wejścia w życie wskazanej regulacji dopuszczono z jednej strony możliwość uwzględnienia odwołania w części, a z drugiej cofnięcia zarzutów [czytaj: odwołania] w zakresie nieuwzględnionym. Konsekwencją tego jest zastosowanie regulacji dotyczącej ponoszenia kosztów postępowania, a mianowicie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp zgodnie z którym: „Koszty postępowania odwoławczego: 1) w okolicznościach, o których mowa w ust. 2 i 3a, znosi się wzajemnie” (...), co powoduje, że wpis w całości podlega zwrotowi na rzecz wnoszącego odwołanie. W tym przypadku Izba ma na uwadze, że wskazywana regulacja poprawiła poprzedni stan prawny, ograniczony tylko wyłącznie do sytuacji uwzględnienia odwołania w całości, co nie przystawało do realiów postępowań odwoławczych.

Izba oczywiście dostrzega i nie pomija bezrefleksyjnie wskazywanej przez Odwołującego podstawy prawnej oświadczenia o cofnięciu odwołania – art. 187 ust.8 ustawy Pzp - złożonego w piśmie z dnia 3 lipca br. Niemniej jednak Izba uznała, że w stanie faktycznym sprawy powinna zastosować, jako podstawę umorzenia wskazywany przez Zamawiającego art. 186 ust.3a Pzp, także z uwagi na wskazywany powyżej cel wprowadzenia tego przepisu. Jednakże, gdyby wykonawca uznał, że interpretacja Izby jego oświadczenia woli jest nieprawidłowa naturalnie może w postępowaniu ze skargi na podstawie art. 198a i 198b ustawy Pzp (jak w pouczeniu) domagać się przed Sądem zastosowania jako podstawy umorzenia art. 187 ust. 8 zd. pierwsze tego przepisu. Tym samym zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 nr 41poz. 238 ze zmianą z 2017 r. poz. 47.) będzie miał prawo domagać się zwrotu na jego rzecz 90% kwoty wpisu uiszczanego od odwołania w wysokości 15.000 zł, w miejsce zasądzonej pełnej kwoty wpisu.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

.....