

Sygn. akt: KIO 395/15

POSTANOWIENIE
z dnia 16 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 16 marca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdyńska 54, DGP CLEAN PARTNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, DGP DOZORBUD Grupa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, SEBAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej Powiatowy Szpital Specjalistyczny w Stalowej Woli, ul. Staszica 4**

przy udziale **wykonawcy Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118** zgłaszającym swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 395/15 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdyńska 54, DGP CLEAN PARTNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, DGP DOZORBUD Grupa Polska spółka z**

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, SEBAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A kwoty 13 500zł. 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **w Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na całodobowe utrzymanie czystości i świadczenie transportu wewnątrzszpitalnego wraz z wykonywaniem usług towarzyszących w obiektach Powiatowego Szpitala Specjalistycznego Stalowej Woli w okresie 4 lat, licząc od daty rozpoczęcia świadczenia usługi zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2015r. za numerem 2015/S 034-058188.

W dniu 28 lutego 2015r. wobec treści ogłoszenia i siwz odwołanie drogą elektroniczną wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Gdyńska 54, DGP CLEAN PARTNER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, DGP DOZORBUD Grupa Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy, ul. Najświętszej Marii Panny 5e, SEBAN spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Jesionowa 9A – zwani dalej odwołującym. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym pełnomocnika odwołującego działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 lutego 2015r. udzielonego przez wszystkich członków Konsorcjum i podpisanego za każdego z nich przez osoby ujawnione w KRS i działającego zgodnie z ujawnionymi w tym rejestrze sposobami reprezentacji, a wynikającymi z odpisów z KRS załączonych do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana drogą elektroniczną w dniu 27 lutego 2015r.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

1. czynności dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz obowiązujących przepisów prawa,
2. zaniechania zastosowania art. 142 ust 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) tj. zaniechanie ustalenia w treści siwz postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz),
2. art. 7 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 4 i 5 ustawy w związku z §1 ust. 1 pkt. 3 oraz ust. 2 pkt. 1 i 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 dnia 19 lutego 2013 r. poz. 231 – dalej rozporządzenie w sprawie dokumentów) przez dokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz nie pozwalający na zweryfikowanie zdolności wykonawców do wykonania zamówienia,

3. art. 7 ustawy w związku z art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez żądanie oświadczenia i dokumentu nie potwierdzających spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a tym samym żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania,

4. art. 142 ust. 5 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego ustalenia w treści siwz postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonanie czynności zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w następujący sposób:

1) Warunek wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej 3 usługi, których przedmiotem było całodobowe utrzymanie czystości i świadczenie transportu wewnątrzszpitalnego na rzecz szpitali z min. 450 łózkami, w tym blokiem operacyjnym,

2) Na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca przedstawia:

a) oświadczenie wg wzoru Załącznik nr 1 części dotyczącej art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

b) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich 3 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.

2. Dokonanie zmiany § 6 wzoru umowy, poprzez zastąpienie dotychczasowych zapisów następującymi lub równoważnymi:

1) Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zmiany:

a) stawki podatku od towarów i usług,

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

2) Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1.

3) W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

4) W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. b) wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

5) W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. c) wynagrodzenie wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz zamawiającego.

6) Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w ust 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust. 1 lit. b) i c).

7) Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

3. wykreślenie z formularza oferty, stanowiącego zał. nr 11, punktu 8 tj sformułowania „oświadczamy, że w czasie trwania umowy zapewniamy niezmiennosc ceny przez okres minimum 12 miesięcy tj. ...m-cy, licząc od daty podpisania umowy”.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych wyżej przepisów ich interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, gdyż; nieprecyzyjne postanowienia siwz i ogłoszenia o zamówieniu utrudnia im dostęp do zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w rozdziale I „Warunki udziału w postępowaniu i opis spełniania tych warunków” zamawiający postanowił:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

I. spełniają warunki określone w art. 22, ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zam. publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zmianami) dotyczące:

1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,

2. posiadania wiedzy i doświadczenia
3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia
4. sytuacji ekonomicznej i finansowej

II. nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych m. złożą ofertę spełniającą wymogi SIWZ, w tym zaoferują całodobowe świadczenie usługi zgodnej z wymogami zamawiającego.

Na potwierdzenie warunku 2 Wykonawca przedstawia:

- oświadczenie wg wzoru Załącznik nr 1 części dotyczącej art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- 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, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat usług i odbiorców, na rzecz których dostawy te zostały zrealizowane ze szczególnym uwzględnieniem usług dla szpitali specjalistycznych o liczbie łóżek minimum 450 —Załącznik nr 4

Wykaz wg Załącznika nr 4 zawierać winien potwierdzenie co najmniej trzech usług świadczonych dla szpitali specjalistycznych z min 450 łózkami (w tym dwóch bloków operacyjnych, Pracowni Hemodynamiki, SOR) -każda z nich

- dokumenty potwierdzające należytą realizację usług wyszczególnionych w Załączniku nr 4

Analogiczne postanowienia zostały zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ponadto w § 6 wzoru umowy, zamawiający postanowił:

1 .Strony ustalają, że wynagrodzenie określone w §5 może być waloryzowane, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art.2 ust.3 - 5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu na pracę ,
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne
- 4) zmiany wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego w Monitorze Polskim w formie Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, jeśli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

2. Waloryzacja może nastąpić na pisemny umotywowany wniosek, czyli wniosek zawierający uzasadnienie wzrostu kosztów Wykonawcy, maksymalnie o wskaźnik wzrostu, o którym mowa w ust. 1, do akceptacji wysokości waloryzacji przez zamawiającego.

3. Pierwsza waloryzacja może nastąpić nie wcześniej niż po ...miesiącach realizacji umowy, a następne waloryzacje mogą następować nie częściej niż co 6 miesięcy.

W zakresie zarzutu nie zgodnego z ustawą dokonania opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia odwołujący podniósł, że choć nie kwestionuje uprawnienia zamawiającego do dokonania opisu sposobu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, to w jego ocenie, iż celem przywołanej instytucji prawa jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, zatem wykonawcy posiadającego odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku powinien być związany z przedmiotem zamówienia.

W ocenie odwołującego zamawiający nie zachował niezbędnej równowagi pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, naruszając tym samym ww. przepisy z następujących powodów:

1. zamawiający nie określił, co ma być przedmiotem usług, którymi mają się wykazać wykonawcy ubiegający się o zamówienie,

2. zamawiający ograniczył krąg wykonawców którzy będą mogli ubiegać się o zamówienie do tych, którzy posiadają bliżej nieokreślone doświadczenie najprawdopodobniej tylko w szpitalach specjalistycznych posiadających min. 450 łóżek (w tym dwa bloki operacyjne, Pracownie Hemodynamiki i SOR),

3. zamawiający w opisie sposobu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia/dokumencie na jego potwierdzenie zawarł sprzeczne zapisy, tj. postanowił, że na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia należy przedstawić 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, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat usług i odbiorców, na rzecz których dostawy te zostały zrealizowane ze szczególnym uwzględnieniem usług dla szpitali specjalistycznych o liczbie łóżek minimum 450

Poniżej zamawiający postanowił, że wykaz wg Załącznika nr 4 zawierać winien potwierdzenie co najmniej trzech usług świadczonych dla szpitali specjalistycznych z min. 450 łózkami (w tym dwóch bloków operacyjnych, Pracowni Hemodynamiki, SOR) - każda z nich.

Zdaniem odwołującego powyższe świadczy o tym, że zamawiający będzie musiał uznać za wystarczające doświadczenie zarówno w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia jak i zupełnie z przedmiotem zamówienia nie związane np. usługi prania na rzecz szpitala opisane w warunku.

Ponadto zawężenie badania wiedzy i doświadczenia do usług na terenie szpitali specjalistycznych posiadających pracownie hemodynamiki i SOR ma charakter dyskryminujący, bowiem nie każdy szpital posiada wskazane oddziały przy czym, zdaniem odwołującego, nie ulega wątpliwości, iż wykonawca, mający doświadczenie w zakresie usług podobnych do przedmiotu zamówienia w szpitalach nie posiadających pracowni hemodynamiki i SOR jest również zdolny do wykonania zamówienia.

Odwołujący uważa nadto, że wskazane wyżej sprzeczne postanowienia siwz, co do tego, czy wykonawcy mają się wykazać wyłącznie usługami wykonanymi na rzecz szpitala określonego w opisie sposobu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia czy też chodzi o usługi ze szczególnym uwzględnieniem zamówień na rzecz opisanego podmiotu jest dezorganizujące dla wykonawców. Podniósł, iż warunki udziału w postępowaniu oraz ich opis stanowią niezwykle istotny element procedury przetargowej bo to na ich podstawie wykonawcy podejmują decyzję co do ubiegania się o zamówienie bądź też nie i to na ich podstawie następnie zamawiający dokonuje oceny i wyboru wykonawcy, stąd niezwykle doniosłe znaczenie ma ich precyzyjne i jednoznaczne określenie.

Wskazał, również, iż w jego ocenie zamawiający żąda oświadczeń (oświadczenie na podstawie art. 22 ustawy) i dokumentów (wykaz usług), które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Co do zarzutu naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego ustalenia w treści siwz postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, odwołujący podniósł, że przedmiotowe postępowanie będzie udzielone na okres czterech lat, zatem zastosowanie ma przepis art. 142 ust. 5 ustawy

W ocenie odwołującego zawarte we wzorze umowy postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, gdyż:

1. przewidują jedynie możliwość zwiększeni a wynagrodzenia, zatem wykonawcy nie mają w tym zakresie pewności,
2. uzależniają waloryzację od akceptacji przez zamawiającego jej wysokości
3. określają okresy, w jakich waloryzacja może następować, które mogą okazać się niezgodne ze zmianami wprowadzanymi odpowiednimi przepisami

Odwołujący wskazał, iż ww. postanowienia zamawiającego pozostają w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 142 ustawy która miała przede wszystkim na celu nie obciążanie wykonawców, w tym ich pracowników konsekwencjami wzrostu ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa.

Zdaniem odwołującego w zakresie dotyczącym zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia, gdyż zamawiający nie opisał:

1. o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana,

2. jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie

3. wskazane terminy waloryzacji mogą się okazać niezgodne ze zmianami wprowadzanymi odpowiednimi ustawami.

Ponadto odwołujący wskazał, iż w zał. nr 11 pkt. 8 formularza oferty zamawiający zawarł zapis sprzeczny z art. 142 ust. 5 ustawy tj: „Oświadczamy, że w czasie trwania umowy zapewniamy niezmiennosc ceny przez okres min. 12 m-cy tj. ...m-cy, licząc od daty podpisania umowy. W ocenie Odwołującego zapis ten powinien zostać wykreślony.

W dniu 2 marca 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania zamieszczając kopię odwołania na stronie internetowej, a także przesyłając ją ujawnionym wykonawcom.

W dniu 5 marca 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Impel Cleaning spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Ślężna 118 wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest wykonawcą ubiegającym się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 lutego 2015r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu wykonawcy ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji zgłaszającego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 5 marca 2015r. faksem.

W dniu 15 marca 2015r. drogą elektroniczną wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie odwołującego o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym złożonym przez pełnomocnika tak jak w odwołaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

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

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: