

Sygn. akt: KIO 2377/18

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 28 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowanie w Warszawie w dniu 28 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2018r. przez **wykonawcę HTS Medij spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pępowo, ul. Kobylińska 12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Słupcy z siedzibą w Słupcy, ul. Traugutta 7**

przy udziale **wykonawcy ZGO NOVA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie, ul. T. Kościuszki 21A** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2377/18 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. Odrzucić odwołanie,
2. Kosztami obciąża wykonawcę HTS Medij spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pępowo, ul. Kobylińska 12 i:
  - 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę HTS Medij spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pępowo, ul. Kobylińska 12 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. Zasądza od wykonawcy HTS Medij spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pępowie, ul. Kobylińska 12 na rzecz wykonawcy ZGO NOVA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie, ul. T. Kościuszki 21A kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

**Przewodniczący:**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę serwisu bielizny szpitalnej zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 września 2018r. nr 612906-N-2018.

Wykonawca - ZGO – Nova spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie – w dniu 15 października 2018 roku wniósł odwołanie od czynności zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Wskazał, że zamawiający dokonując wyboru, dokonał go co do oferty HTS Medij sp. z o.o., która winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z póź. zm prawo zamówień publicznych (dalej zwana pzp)

Odwołujący postawił zarzut nieuwzględnienia przez zamawiającego faktu, iż oferta HTS Medij sp. z o.o. winna być odrzucona, bowiem nie spełniła wymogów SIWZ w chwili jej składania. Wykonawca HTS Medij sp. z o.o. nie dołączył załącznika w postaci oświadczenia o spełnieniu wymogu oddzielnej pralnicy do bielizny noworodkowej (3.1.13 - SIWZ) , a także na wezwanie zamawiającego wykonawca HTS Medij sp. z o.o. nie przedłożył dwóch dokumentów referencyjnych potwierdzających, że to on wykonał co najmniej dwie usługi w sposób należyty (6.5.g - SIWZ)

Odwołujący ZGO-NOVA sp. z o.o. domagał się unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty HTS MEDIJ Sp. z o.o.

W chwili otwarcia ofert, oferta firmy HTS MEDIJ Sp. z o.o. nie była zgodna z wymogami SIWZ, albowiem zamawiający wymagał by do oferty dołączono oświadczenie o spełnieniu wymogu polegającego na tym, że w przypadku prania bielizny noworodkowej wykonawca dysponował oddzielną pralnicą.

Oferta firmy HTS MEDIJ Sp. z o.o. nie zawierała takiego oświadczenia. Odwołujący ZGO – NOVA sp. z o.o. stwierdził to przeglądając oferty w siedzibie zamawiającego po ich otwarciu. Odwołujący zawiadomił zamawiającego o tym fakcie wskazując, że oferta HTS MEDIJ Sp. z o.o. winna być odrzucona jako niespełniająca wymogów SIWZ. Zgodnie bowiem z treścią art, 82 ust. 3 ustawy, treść oferty musi odpowiadać SIWZ. Skoro zatem zamawiający w pkt 3.1.13 SIWZ sformułował wymóg, by oferta zawierała m.in. załącznik dotyczący oddzielnej pralnicy do prania bielizny noworodkowej, to brak tego załącznika na dzień składania ofert, oznacza, iż oferta nie odpowiadała wymogom SIWZ. Wyraźnie bowiem Zamawiający postawił warunek: „do oferty należy dołączyć oświadczenie o spełnieniu tego wymogu”.

Zdaniem odwołującego ZGO-NOVA sp. z o.o. tego rodzaju oświadczenie nie znajduje się z zbiorze oświadczeń, które zgodnie z ustawa można uzupełnić na wezwanie zamawiającego,

stąd zamawiający nie mógł takiego wezwania skutecznie skierować do wykonawcy. Zamawiający wymagał w SIWZ (pkt 5.1. c) przedłożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat co najmniej dwóch usług porównywalnych złożonością i wielkością z niniejszym zamówieniem (...) oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie. Wykonawca HTS Medij sp. z o.o. złożył także wraz z ofertą oświadczenie, że nie należy do żadnej grupy kapitałowej, a także nie złożył dowodu, że zawarł umowę z innym podmiotem, który użycza mu doświadczenia. Jednocześnie na wezwania zamawiającego wykonawca HTS Medij przedłożył jeden dokument „referencje” wystawione na ten podmiot oraz kolejny dokument wystawiony na podmiot trzeci nie biorący udziału w postępowaniu. Wykonawca HTS Medij sp. z o.o. nie przedstawił właściwych dokumentów potwierdzających, iż on wykonał co najmniej dwie usługi w sposób należyty. Także zatem z tego powodu oferta tego wykonawcy winna być odrzucona.

Zamawiający, co wynika z pisma z dnia 17 października 2018 roku przesłanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu, przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 16 października 2018 roku (punkt 4 ww. pisma).

W dniu 19 października 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez HTS Medij spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pępowie. Wykonawca ten, w dniu 26 października 2018 roku złożył oświadczenie (pismo z dnia 26 października 2018 roku) o cofnięciu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem firmy ZGO – Nova spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie wniesionym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę serwisu bielizny szpitalnej. Wobec ww. oświadczenia złożonego przez zgłaszającego przystąpienie Izba stwierdziła, że w postępowaniu odwoławczym brak było zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 26 października 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zamawiającego zawierające oświadczenie o uwzględnieniu przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości oraz zawierające wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wobec ustalenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz braku zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na dzień wydawania postanowienia, Izba w dniu 30

października 2018r. w sprawie sygn. akt KIO 2117/18 wydała postanowienie o umorzeniu postępowania z art. 186 ust. 2 ustawy.

W dniu 13 listopada 2018r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o. i o odrzuceniu oferty wykonawcy HTS Medij sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 16 listopada 2018r. odwołanie na tę czynność wyniósł wykonawca HTS Medij sp. z o.o. przez prezesa zarządu działającego jako pełnomocnik zarządu na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 listopada 2018r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 listopada 2018r.

Odwołujący HTS Medij sp. z o.o. podniósł, że zamawiający w ramach prowadzonego postępowania bezzasadnie odrzucił ofertę spółki HTS MEDIJ Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy tj. z powodu, że treść oferty złożonej przez spółkę HTS MEDIJ Sp. z o.o. nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący oświadczył, że ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego odwołania, ponieważ uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany decyzji zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty HTS MEDIJ Sp. z o.o.

Odwołujący postawił zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty spółki HTS MEDIJ Sp. z o.o. z powodu nieodpowiadania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo, że oferta HTS MEDIJ Sp. z o.o. spełniała wszystkie wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zażądał unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez HTS MEDIJ Sp. z o.o. oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postaci oferty ZGO - Nova Sp. z o.o. oraz nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w niniejszy postępowaniu.

Odwołujący HTS Medij wskazał, że pismem z dnia 18 października 2018r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia złożonych referencji m.in. z jakiego powodu odwołujący przedstawił referencje spółki Hollywood Textile Service Sp. z o.o., czy odwołujący brał udział w postępowaniu, którego dotyczą przedstawione referencje, w jakim charakterze występował oraz w jakiej części zamówienia, a także czy referencje obejmują zakres zamówienia, który był przedmiotem postępowania.

W odpowiedzi z dnia 18 października 2018r. odwołujący wyjaśnił, że omyłkowo przedstawił referencje spółki Hollywood Textile Service Sp. z o.o. a ponadto, że odwołujący wraz z w/w spółką w ramach konsorcjum, jako jego członek świadczył usługę przedmiotem której były referencje tj. w zakresie prania bielizny szpitalnej wraz z transportem. Przedstawione referencje zostały wystawione przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 we Wrocławiu, na rzecz którego w ramach konsorcjum spółka HTS MEDIJ Sp. z o.o. (członek

konsorcjum) oraz Hollywood Textile Service Sp. z o.o. (lider konsorcjum) świadczyły kompleksową usługę w zakresie: prania, transportu bielizny, wdrożenie systemu radiowej identyfikacji bielizny i odzieży RFID oraz rentalu bielizny i pościeli. Obie w/w spółki należą do tej samej grupy kapitałowej. Wraz z odpowiedzią odwołujący przedstawił referencje wystawione na HTS MEDIJ Sp. z o.o.

Pismem z dnia 25 października 2018r. zamawiający uwzględnił przedstawione w odwołaniu zarzuty i wniósł o umorzenie postępowania zaś Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 30 października 2018r. umorzyła postępowanie.

Pismem z dnia 9 listopada 2018r., które odwołujący otrzymał w dniu 13 listopada 2018r zamawiający zawiadomił wszystkich uczestników postępowania o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, następnie zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty HTS MEDIJ Sp. z o.o. i wybrał w tym samym dniu ofertę ZGO - Nova Sp. z o.o.

Jednakże, że na dzień 9 listopada 2018r. oferta złożona przez HTS MEDIJ Sp. z o.o. była w pełni zgodna z wymogami SIWZ.

Odwołujący HTS Medij podkreślił, że oferta zawierała oświadczenie o spełnieniu wymogu polegającego na tym, że w przypadku prania bielizny noworodkowej wykonawca dysponował oddzielną pralnicą. Załączone przez odwołującego oświadczenie z dnia 27 września 2018r. zawierało wprost informację „Składając ofertę do Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Słupcy, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „usługę serwisu bielizny szpitalnej” nr sprawy SPZOZ/ZP/PN/382/9/2018 oświadczamy, że pralnia w której będzie realizowane zamówienie posiada oddzielną pralnicę tunelową do prania bielizny noworodkowej”.

Nadto wskazał, że na skutek odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 18 października 2018r. zamawiający posiadał wymagane w SIWZ dokumenty, w zakresie referencji. Zamawiający wymagał w SIWZ (pkt. 5.1. C) przedłożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat co najmniej dwóch usług porównywalnych złożonością i wielkością z niniejszym zamówieniem (...) oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należyście. Odwołujący wraz z ofertą przedstawił dwa dokumenty „referencje” przy czym jeden przedstawiony dokument dotyczył HTS MEDIJ Sp z o.o. zaś drugi spółki Hollywood Textile Service Sp. z o.o. Referencje te zostały wystawione przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 we Wrocławiu, na rzecz którego w ramach konsorcjum spółka HTS MEDIJ Sp. z o.o. (członek konsorcjum) oraz Hollywood Textile Service Sp. z o.o. (lider konsorcjum) świadczyły kompleksową usługę w zakresie: prania, transportu bielizny, wdrożenie systemu radiowej identyfikacji bielizny i odzieży RFID oraz rentalu bielizny i pościeli.

Podkreślił przy tym, że przedstawione referencje, które dotyczyły spółki Hollywood Textile Service Sp. z o.o., lidera konsorcjum, którego członkiem była spółka HTS MEDIJ Sp. z o.o.

spełniały wymogi SIWZ w zakresie przedstawienia wymaganych referencji. Odwołujący realizował bowiem zamówienie wspólnie z Hollywood Textile Service Sp. z o.o., jako wykonawca zaś referencje te obejmowały swym zakresem przedmiot niniejszego postępowania.

W ramach odpowiedzi na wyjaśnienia z dnia 18 października 2018r. odwołujący przedstawił dodatkowo referencje dotyczące realizacji tej samej usługi, ale przez HTS MEDIJ Sp. z o.o.

W dniu 16 listopada 2018r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 listopada 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca ZGO-NOVA sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Przystępujący wskazał także na fakt, że czynność odrzucenia oferty odwołującego była wynikiem wykonania przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem odwołującego ZGO- NOVA sp. z o.o. w sprawie sygn. akt KIO 2117/18. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 listopada 2018r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu, co potwierdził odwołujący na posiedzeniu, a zamawiający w nadesłanych aktach postępowania.

W dniu 23 listopada 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wskazał, że na dzień rozstrzygnięcia sprawy sygn.. akt KIO 2117/18 odwołujący posiadał nieprawidłowe referencje. W dniu 18 października 2018r. odwołujący wyjaśnił, że referencje załączono omyłkowo i wraz z wyjaśnieniami złożył referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi i w związku z tym oferta jest zgodna z siwz.

Przystępujący złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i5 ustawy podnosząc, że odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były podstawą wydania postanowienia w sprawie sygn. akt KIO 2117/18. Zamawiający decyzję o uwzględnieniu poprzedniego odwołania podjął w dniu 23 października 2018r. dysponując wyjaśnieniami odwołującego HTS Medij z dnia 18 października 2018r. Uwzględnienie nie przewidywało zastrzeżeń, a zatem zamawiający wykonał czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego zgodnie z żądaniami odwołania w sprawie sygn. akt KIO 2117/18.

Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania wskazując, że okoliczności, a przede wszystkim krąg dokumentów, którymi dysponował zamawiający nie były tożsame, a

zamawiający w uwzględnieniu precyzyjnie nie określił, które żądania wykona.

Przystępujący złożył sprzeciw wobec uwzględnienia i wniósł o zasądzenie kosztów postępowania na kwotę 4 428zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

**Izba zważyła, co następuje:**

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

Izba ustaliła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 185 ust. 6 ustawy, który stanowi, że wykonawca wezwany do zgłoszenia przystąpienia nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy. Strony nie kwestionują faktu, że w sprawie sygn. akt KIO 2117/18 Izba umorzyła postępowania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy. Zamawiający uwzględnił wniesione przez ZGO NOVA sp. z o.o. odwołanie, w którym ten wykonawca domagał się odrzucenia oferty HTS Medij sp. z o.o. W postępowaniu sygn. akt KIO 2117/18 odwołujący HTS Medij sp. z o.o. był wzywany do przystąpienia i złożył je, a następnie je cofnął. Zamawiający wykonał żądania odwołania wykonawcy ZGO NOVA sp. z o.o. W konsekwencji odwołującemu HTS Medij nie przysługują środki ochrony prawnej. Nadto zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt. 5 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty zamawiający uwzględnił. Taka sytuacja w niniejszej sprawie ma miejsce. Tym samym również na tej podstawie prawnej odwołanie należało odrzucić.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt. 2 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 ze zm. z 2017r. poz. 47) zatrzymując na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony wpis i zasądzając od odwołującego na rzecz przystępującego kwotę 3 600zł. jako maksymalne wynagrodzenie pełnomocnika dopuszczone przez wskazane rozporządzenie.

**Przewodniczący**

.....