

Sygn. akt: KIO 1751/11

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 sierpnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2011 r. przez **Odwołującego** - Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Poznańska 97, 88-100 Inowrocław.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Spółdzielnię Inwalidów Naprzód w Krakowie, Żabiniec 46, 31-215 Kraków, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Inowrocławiu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na usługi kompleksowego utrzymania porządku i czystości oraz transportu wewnętrznego w pomieszczeniach Szpitala Powiatowego w Inowrocławiu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 6 sierpnia 2011 r., poz. 2011/S 150-249903 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 16 sierpnia 2011 r. Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1, art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez niedokonanie opisu warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz sposobu oceny tego warunku.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający w pkt III.2.1 ogłoszenia oraz w pkt VIII SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie. W takiej sytuacji zdaniem Odwołującego Zamawiający zobowiązany jest opisać sposób jego oceny oraz żądać adekwatnych dokumentów umożliwiających dokonanie sprawdzenia spełnienia danego warunku. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może wziąć udział tylko taki wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu. W sytuacji, gdy Zamawiający wbrew obowiązkowi ustawowemu nie opisuje sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca nie jest w stanie ustalić, czy może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Podobnie Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy każdy z wykonawców, który złożył ofertę w postępowaniu może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie opisał ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ sposobu oceny warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podkreślał, że w sytuacji, gdy Zamawiający jest publicznym zakładem opieki zdrowotnej, winien wykazać szczególną troskę przy

wyborze podmiotu świadczącego na jego rzecz usługi sprzątnięcia i dezynfekcji, albowiem są one bezpośrednio związane z ochroną życia i zdrowia ludzkiego. Zamawiający powinien w ocenie Odwołującego dopełnić należytej staranności, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy posiadający doświadczenie i odpowiednią wiedzę niezbędne do wykonywania usług stanowiących przedmiot zamówienia na rzecz zakładów opieki zdrowotnej.

Postawienie przez Zamawiającego odpowiedniego, proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia gwarantuje, że w postępowaniu zostanie wybrany wykonawca, który daje rękojmię rzetelnego wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 41 pkt 4 Prawa zamówień publicznych ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Podobnie art. 22 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wskazuje, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 22 ust. 4 Prawa zamówień publicznych opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący żądał zmiany pkt III.2.1 ogłoszenia oraz pkt VIII SIWZ poprzez ich uzupełnienie polegające na opisanu warunku posiadania wiedzy i doświadczenia proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia przy użyciu parametrów charakterystycznych dla Zakładów Opieki Zdrowotnej np.: ilości m² powierzchni; ilości łóżek; ilości oddziałów; wartości zamówienia; i wskazanie sposobu dokonania oceny tego warunku oraz wskazanie dokumentów żądanych na potwierdzenie spełnienia tego warunku.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Na rozprawie podtrzymał swoje stanowisko, i podkreślał, iż żądał załączenia do oferty wykazu osób oraz planu higieny, i to ten plan pozwoli mu ocenić poziom posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia.

Na pytanie zadane na rozprawie, czy wykluczy ewentualnie wykonawcę z powodu nieściśłości w planie higieny odpowiada, że tak, bo to ten plan tak naprawdę opisuje doświadczenie wykonawcy, który musi mieć odpowiednią wiedzę, aby plan przygotować.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Wątpliwości co do posiadania przez Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Izba rozstrzygnęła na korzyść Odwołującego, ostatecznie uznając, że gdyby zarzuty odwołania okazały się uzasadnione, a ogłoszenie i SIWZ nie zostałyby przez Zamawiającego zmienione, to

postępowanie mogłoby być obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w pkt III.2.1 ogłoszenia, opisał „warunki udziału” (pkt. III.2 ogłoszenia) w sposób następujący:

„Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: O udzielenie zamówienia określonego w części III SIWZ ubiegać się mogą wykonawcy którzy:

- a) nie podlegają wykluczeniu na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,
- b) spełniają warunki określone przepisami art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp
- c) posiadają uprawnienia do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia,
- d) posiadają wiedzę i doświadczenie,
- e) dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

Warunek zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca.

— złoży oświadczenie o dysponowaniu nowym sprzętem, który zostanie wykorzystany do wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia, a którego minimum (rodzaj i ilość) opisano w Załączniku Nr 10 do SIWZ,

— złoży oświadczenie o dysponowaniu osobą, posiadającą wykształcenie medyczne, min 2 letnie doświadczenie w kierowaniu realizacją usług sanitarno-porządkowych w szpitalu, do pełnienia obowiązków kierownika obiektu.

f) spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej,

Warunek zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się:

— ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wartości minimum 2.000.000,00 zł,

— posiadaniem środków finansowych, zdolnością kredytową, lub zdolność leasingową na kwotę minimum 1000 000,00 PLN.

Zamawiający dokona oceny spełniania warunków na podstawie dokumentów dołączonych celem ich wykazania wymienionych w pkt. IX.”. W pkt IX.2 ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż „w celu wykazania spełniania warunków opisanych w pkt VIII, Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty następujące dokumenty:

- a) oświadczenie o spełnieniu warunków (Załącznik Nr 3),
- b) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (wzór stanowi Załącznik Nr 4 do SIWZ),
- c) wykaz urządzeń i sprzętu będących w posiadaniu Wykonawcy niezbędnych do wykonania usług będących przedmiotem zamówienia,

d) zobowiązanie w formie oświadczenia do przedstawienia polisy ubezpieczeniowej OC na kwotę min. 2.000.000 PLN (dwa miliony złotych) najpóźniej do dnia podpisania umowy,
e) informację banku, spółdzielczej kasy oszczędnościowej lub innej instytucji finansowej, w których potwierdza się wymagana wielkość posiadanych przez wykonawcę środków finansowych, zdolność kredytową wykonawcy lub zdolność leasingową w wysokości co najmniej 1.000.000 PLN (słownie: jeden milion złotych), wydaną nie później niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.”

Analogiczne postanowienia znalazły się w pkt VIII SIWZ.

Reasumując stan faktyczny, Izba ustaliła, Zamawiający w pkt III.2.1 ogłoszenia oraz w pkt VIII SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie. Równocześnie nie opisał sposobu oceny spełnienia tego warunku, ani nie żądał dokumentu na potwierdzenie jego spełnienia. Ponadto Zamawiający skonkretyzował inne warunki udziału w postępowaniu (opisując sposób oceny ich spełnienia i żądając stosownego dokumentu).

Na wstępie Izba wskazuje, że argumentacja Zamawiającego, zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie, była całkowicie chybiona. W ocenie Izby, skoro nie opisał on sposobu oceny spełnienia warunku co do doświadczenia (w ogóle nie skonkretyzował tego warunku, recypując do SIWZ i ogłoszenia art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), nie może on oczekiwać potwierdzenia jego spełnienia przez wykonawców za pomocą jakichkolwiek dokumentów w ofercie. Zamawiający twierdził, że będzie oceniał posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia analizując plan higieny – jednak plan higieny, w zależności od postanowień SIWZ może albo w ogóle nie stanowić treści oferty, albo potwierdzać, że oferowana usługa spełnia przedmiotowe wymogi Zamawiającego. Za braki planu higieny można ewentualnie, w zależności od charakteru postanowień SIWZ w tym zakresie, odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Również wykaz osób nie jest dokumentem potwierdzającym posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, lecz dokumentem potwierdzającym spełnienie innego warunku – dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym.

Odwołujący twierdził, iż z ustawy i rozporządzenia o dokumentach wynika jasny schemat postępowania dla Zamawiającego w zakresie opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału, tj. każdą z kategorii warunków z art. 22 ust. 1 Zamawiający w specyfikacji winien uszczegółowić przez dodanie opisanie sposobu oceny spełniania tego warunku, a w przypadku postępowań powyżej progów unijnych żądać również adekwatnego dokumentu.

Jednak w literaturze twierdzi się, iż „Opis oceny spełniania warunków nie jest konieczny w stosunku do wszystkich warunków. (...)

Zamawiający nie jest zobowiązany do opisu wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy a jedynie tych, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje nowy przepis art. 26 ust. 2a ustawy, który wskazuje, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Z kolei w myśl nowego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zamawiający żąda dokumentów w postępowaniach powyżej progów unijnych na potwierdzenie spełniania warunków z art. 22 ust. 1 tylko i wyłącznie w zakresie w jakim dokonywany jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału.” (Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r., red Jacek Sadowy, Warszawa 2010 r.).

Wydaje się zatem, że ustawodawca wprowadzając art. 26 ust. 2a Prawa zamówień publicznych, złamał schemat, wywodzony przez Odwołującego z obowiązujących przepisów (warunek -> opis sposobu oceny spełnienia warunku -> dokument na jego potwierdzenie), a który mógłby wynikać z nowowprowadzonej do Prawa zamówień publicznych koncepcji warunku udziału w postępowaniu.

Powyższą interpretację potwierdza praktyka – zamawiający często odstępują od opisu sposobu oceny spełnienia określonej kategorii spośród warunków z art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i wskazują, nie stawiają żadnych wymagań w tym zakresie („Zamawiający nie wyznacza szczegółowego warunku w tym zakresie”). Jest to uzasadnione, ponieważ dla niektórych rodzajów zamówień Zamawiający może uznać, że nie jest konieczne wykazanie się określoną kategorią warunku – może więc nie stawiać wymogów przykładowo co do doświadczenia. Jedyne, co można zarzucić Zamawiającemu w tym postępowaniu, to fakt, że nie wyartykułowano w ogłoszeniu i SIWZ tej okoliczności (że Zamawiający nie wyznacza szczegółowych wymagań w tym zakresie). Jednak okoliczność, że nie postawiono żadnych wymogów co do doświadczenia (nie opisano sposobu oceny spełnienia warunku w tym zakresie) oraz nie zażądano żadnego dokumentu mającego potwierdzać posiadane doświadczenie, pozwala wyciągnąć jednoznaczny wniosek, że Zamawiający nie stawia żadnych specyficznych wymagań co do posiadania doświadczenia. Ze względu na powyższe Izba ocenia, że jest to uchybienie, nie mające wpływu na wynik postępowania.

Przed zmianą art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Dz. U. Nr 206, poz. 1591, która weszła w życie w dniu 22 grudnia 2009 r. weszła w życie) również w ocenie Izby nie było przesłanek opartych na przepisach

Prawa zamówień publicznych, aby nakładać na Zamawiającego obowiązek określenia wymogów (i w ślad za tym, żądania dokumentów potwierdzających jego spełnienie) w odniesieniu do każdej kategorii (rodzaju) warunków, określonych w art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 Prawa zamówień publicznych. Przykładowo, w sprawie sygn. akt KIO/UZP 279/09 skład orzekający uznał, że Zamawiający nie musiał określać warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego (nb. przedmiotem zamówienia również była usługa sprzątnia).

Odwołujący nie wywodził, że warunki skonkretyzowane przez Zamawiającego, rozpatrywane łącznie, są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, tj. nie pozwalają na wyłonienie wykonawcy, zdolnego do realizacji zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że jeżeli Zamawiający nie uszczegółowił wymogów (tj. nie opisał sposobu oceny spełniania warunku) w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zawodowego, nie może żądać dokumentu na potwierdzenie takiego warunku, nie można byłoby bowiem zweryfikować danych zawartych w wykazie usług podobnych do przedmiotu zamówienia pod kątem wykazania spełnienia warunku (żądanie wykazu winno być powiązane z konkretnym wymogiem Zamawiającego, adekwatnym do przedmiotu zamówienia).

Na marginesie Izba zauważa, że nawet gdyby uznać zarzuty odwołania za uzasadnione, to nie można byłoby uwzględnić żądania Odwołującego, bowiem nie skonkretyzował on opisu sposobu oceny spełnienia warunku, który uznałby za adekwatny (co do ilości łóżek, oddziałów itd.).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 22 ust. 1, art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....