

Sygn. akt: KIO 568/14

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 kwietnia 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 marca 2014 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu (Lider); 2) Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. we Wrocławiu (Partner)** z adresem dla lidera konsorcjum: **ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Firma Handlowo-Usługowa "Thomas" Sp. z o.o., ul. Lubieszewska 34, 72-006 Mierzyn** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu (Lider); 2) Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. we Wrocławiu (Partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu (Lider); 2) Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. we Wrocławiu (Partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Konsorcjum Firm: 1) Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu (Lider); 2) Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. we Wrocławiu (Partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin** kwotę **4 479 zł 91 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów przejazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Kompleksowe sprzątnięcie powierzchni Szpitala, czynności pomocniczych przy pacjentach w Klinice Psychiatrii, obrót bielizną szpitalną oraz świadczenie usług transportu w obiektach SPSK Nr 1 zlokalizowanych w Szczecinie przy ul. Unii Lubelskiej 1 oraz w Klinice Psychiatrii ul. Broniewskiego 26”*, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 248-433253 dnia 21.12.2013 r., przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin zwany dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 12.03.2014 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Thomas Sp. z o.o., drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło: Konsorcjum Firm: 1) Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu (Lider); 2) Hospital Service Company sp. z o.o. s.k. we Wrocławiu (Partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Ślężna 118, 53-11 Wrocław zwana dalej: *„Konsorcjum Impel”* albo *„Odwołującym”*, a trzecie - Naprzód Sp. z o.o., ul. Żabinec 46, 31-215 Kraków zwana dalej: *„Naprzód Sp. z o.o.”*.

W dniu 21.03.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum Impel wniosło na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* odwołanie na w/w czynności i zaniechania. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 21.03.2014 r. (e-mailem). Stwierdził, że odwołanie odnosi się do zaniechania wykluczenia Wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa "Thomas" Sp. z o.o., ul. Lubieszewska 34, 72-006 Mierzyn zwana dalej: *„Thomas Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo iż został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w zakresie doświadczenia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie naruszenie: 1. art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie

uczciwej konkurencji, przejawiający się tym, że za najkorzystniejszą została wybrana oferta podlegająca odrzuceniu.

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nie wykluczenie wykonawcy Thomas Sp. z o.o. z postępowania, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

4. art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp poprzez niewykonanie przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14,

5. art. 44 ust 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.) poprzez wydatkowanie środków publicznych w sposób niezgodny z ustawą prawo zamówień publicznych i w efekcie w sposób zaprzeczający zasadzie legitymizmu. Odwołujący wnosił o:

1. uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę Thomas Sp. z o.o.;

2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Thomas Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ponieważ nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu;

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W dniu 28.02.2014 r. KIO wyrokiem o sygn. akt: KIO 267/14 nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Thomas sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO 267/14. Izba dokładania określiła zakres braków w oświadczeniu Markop L&A J..... spółka jawna o udostępnieniu potencjału firmie Thomas sp. z o. o. - chodziło o zakres udostępnienia, w szczególności brak danych o których mowa w rozdziale I pkt 4.2 SIWZ. Pismem z dnia 11.03.2014 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Thomas sp. z o. o. do uzupełnienia rzeczonoego dokumentu. Pismem z dnia 12.03.2014 r. wezwany wykonawca dostarczył dokument, który rzekomo miał spełniać wymogi Zamawiającego oraz wyroku KIO w zakresie udostępnienia potencjału przez firmę Markop L&A J..... spółka jawna. Dokument ten jednak nie odpowiada wymogom określonym w Pzp oraz w wyroku KIO z dnia 28.02.2014 r. Po pierwsze załączone zobowiązanie nie zawiera daty jego złożenia. Kopia oświadczenia doręczonego Zamawiającemu w dniu 12.03.2014 r. trafiła do radcy prawnego Zamawiającego, który wydał opinię co do jej treści. Kopia to została udostępniona Odwołującemu i stanowi załącznik do niniejszego odwołania. Tymczasem na oryginale pojawia się data przybita datownikiem 2014-02-27. Data, której nie ma na kopii oświadczenia przekazanego radcy prawnemu do oceny. Tym samym zasadne jest

twierdzenie, iż na dokumencie doręczonym Zamawiającemu w dniu 12.03.2014 r. żadnej daty nie było. I że data ta została przybita później, już po zrobieniu kopii oświadczenia dla radcy prawnego. Zamawiający nie był w stanie - na podstawie dokumentów dostarczonych przez wybranego wykonawcę w dniu 12.03.2014 r. - stwierdzić, czy wykonawca ten posiadał zobowiązanie do udostępnienia potencjału wystawione przez firmę Markop L&A J..... spółka jawna na dzień składania ofert. Zamawiający zatem na podstawie uzupełnione dokumentu dalej nie może rozstrzygnąć zweryfikować czy Wykonawca w dniu składania ofert w sposób rzeczywisty dysponował udostępnionym mu potencjałem w postaci wiedzy i doświadczenia i w efekcie czy wykonawca ten spełnił warunek postawiony przez Zamawiającego w SIWZ. Dodatkowo data 2014-01-27 także musiałaby budzić wątpliwości. Skoro w ofercie wybranego wykonawcy znalazło się zobowiązanie firmy Markop L&A J..... spółka jawna o odmiennej treści, niż to doręczone w dniu 12.03.2014 r., to pojawia się pytanie czy w świetle doświadczenia życiowego prawdopodobne jest, iż przed dniem składania ofert istniały dwa zobowiązania firmy Markop, o różnych treściach. I drugie, które nagle pojawiło się po zakwestionowaniu przez KIO w dniu 28.02.2014 r. treści pierwszego zobowiązania, dołączonego do oferty pierwotnej. Wszystkie te okoliczności wskazują, iż wybrany wykonawca nie dołączył na wezwanie Zamawiającego żądanego dokumentu i winien być wykluczony z postępowania.

Po drugie, w ocenie Odwołującego, udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez firmę MARKOP L&A J..... spółka jawna doręczone w dniu 12.03.2014 r. jest nierzeczywiste i sprowadza się do udostępnienia jedynie dokumentu referencji, a nie faktycznej wiedzy i doświadczenia tego podmiotu na podstawie art. 26 ust 2b Pzp. W opinii Odwołującego, wskazują na to m.in. wyjaśnienia Wykonawcy, z których w sposób jednoznaczny wynika, iż podmiot udostępniający potencjał nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazuje, że sama treść zobowiązania do przekazania potencjału nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie zawartych w nich informacji. Zgodnie z pkt 4/ 4.2/c SIWZ: *Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt 4.1.,poiega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego. wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda pisemnego zobowiązania tych podmiotów dotyczącego zakresu i okresu udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia wskazania.*" Rzeczony dokument nie wskazuje charakteru stosunku jaki będzie łączył Wykonawcę z tym podmiotem, poprzestając na ogólnikowym zapewnieniu o współpracy. W ocenie Odwołującego, wykonawca Thomas Sp. z o.o. nie wykazał

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować koniecznością wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 25.03.2014 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26.03.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Thomas Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystępujący wskazał, iż KIO po rozpoznaniu odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego w dniu 14.02.2014 r., w wyroku z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14 nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu tego wyroku. Zamawiający stosownie do postanowień zawartych w/w wyroku dokonał wszystkich czynności wymaganych przez KIO, a następnie ponownie dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Dokumenty złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przede wszystkim przedłożone przez Przystępującego w odpowiedzi na w/w wezwanie pisemne zobowiązanie o udostępnieniu zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia zawiera wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego w rozdziale I pkt 4.2 SIWZ oraz wskazane przez KIO w wyroku z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14. W związku z tym, iż obecnie wniesione przez Odwołującego odwołanie dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14, to należy uznać, iż powinno zostać ono odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. Z pisma Zamawiającego przekazanego Przystępującemu w dniu 24.03.2014 r. wynika, że w dniu 24.03.2014 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie. Należy zauważyć, iż zawiadomienie o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu zostało przekazane wykonawcom przez Zamawiającego w dniu 12.03.2014 za pośrednictwem faksu, co oznacza, że termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp upływał w dniu 22.03.2014 r. Tymczasem zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp Odwołujący przesyła kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego

wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 Pzp. W związku z tym, iż Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu 24.03.2014 r., a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania należy uznać, że odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Zgodnie bowiem z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp KIO odrzuca odwołanie, jeżeli odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Przystępujący wskazał, że odwołanie Odwołującego nie jest zasadne w zakresie żadnych zarzutów w nim podniesionych, a tym samym jeżeli nie zostanie ono odrzucone przez KIO, to powinno zostać oddalone w całości.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Oдноśnie wniosków o odrzucenie odwołania. Izba oddaliła oba wnioski, tak Zamawiającego, jak i alternatywny Przystępującego. W pierwszym wypadku, Zamawiający nie może skracać Wykonawcy terminu na składanie odwołania, tudzież jego kopii, poprzez takie czy inne godzin pracy, wywodząc następnie, że zapoznał się, jak w tym wypadku z kopią odwołania po terminie na jego składanie, tj. po 3 dniach od jego doręczenia na e-mailową skrzynkę odbiorczą Zamawiającego. Z punktu widzenia skuteczności doręczenia nieistotne jest to, czy i kiedy adresat zapoznał się z jego treścią. Wystarczająca jest że kopia odwołania doszła do Zamawiającego w taki sposób, stwarzający mu realną możliwość zapoznawania się z treścią odwołania. Powyższa okoliczność nie miała charakteru spornego. Zamawiający otrzymał bowiem kopie odwołania w dniu 21.03.2014 r. na adres swojej skrzynki e-mailowej. Bez znaczenia jest zatem, że nastąpiło to po godzinach pracy Zamawiającego. Z art.111 § 1 KC wynika bowiem, iż dzień rozumiany jest jako doba. Liczy się go od północy do północy (computatio civilis) i obejmuje on 24 godziny. Oдноśnie drugiego wniosku, Izba nie może odrzucić odwołania, w sytuacji, gdy jego przedmiotem są nowe dokumenty uzyskane na skutek wykonania przez Zamawiającego czynności zgodnie

z treścią poprzedniego wyroku KIO, w tym przypadku z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14. W takim wypadku, są one przedmiotem rozpoznania podczas rozprawy.

W zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia. Izba wskazuje, że przedłożony na rozprawie dokument, tj. stanowisko Dyrektora Zamawiającego nie przesądza powyższej kwestii na tym etapie postępowania. Należy zauważyć, że Wykonawca ma prawo domagać się przeprowadzenia czynności oceny złożonych ofert, jak i samego wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp. Ewentualne unieważnienie postępowania, byłoby natomiast czynnością następczą, po wyborze oferty najkorzystniejszej i podlegałoby kontroli ze strony Wykonawców, w ramach środków ochrony prawnej. Podobnie w wyroku KIO z dnia 18.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1338/13. Dodatkowo, działania Zamawiającego może w aktualnej sytuacji procesowej rodzić wątpliwości, czy nie jest przejawem taktyki procesowej, tym bardziej, że na poprzedniej rozprawie w dniu 27.02.2014 r. (czyli nieco ponad miesiąc wcześniej) powyższa kwestia nie była w ogóle podnoszona, mimo że stan faktyczny nie uległ zmianie. Złożone pisemne stanowisko Dyrektora Zamawiającego nie wskazuje daty w jakiej zostało sporządzone, co także świadczy na niekorzyść wystawcy i rodzi wątpliwości co do charakteru złożonego dokumentu.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 267/14 oraz aktualnie w sprawie o sygn. akt: KIO 568/14. Nadto, dopuścił dowód z oryginalnej dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na czas wydania orzeczenia, dotyczy to także oferty Przystępującego, jak i zobowiązania uzyskanego przez Zamawiającego w toku poprzedniego postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 267/14, dołączonego do pisma procesowego Przystępującego z dnia 25.02.2014 r., tudzież zobowiązania uzyskanego przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r. (przekazanego wraz z pismem przewodnim z dnia 12.03.2014 r.). Kopie zostały zweryfikowane w oparciu o oryginalną dokumentację postępowania. Dodatkowo, jak dowód w sprawie uznano: postanowienia SIWZ, korespondencje między Zamawiającym, a Przystępującym, po wyroku KIO z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14, informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12.03.2014 r., odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, jak i pisemne stanowisko Dyrektora Zamawiającego złożone na rozprawie przez Zamawiającego.

Izba zapoznała się z wyrokiem KIO z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14. Dodatkowo w aktach sprawy znajduje się skan zobowiązania przekazanego Zamawiającemu

na wezwanie z dnia 11.03.2014 r., wraz z jego kserokopią udostępniony do wglądu przez Przystępującego dla stron postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający wykonując wyrok KIO z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14 wezwał Przystępującego – pismem z dnia 11.03.2014 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia prawidłowego, tj. spełniającego wszystkie określone w pkt 4.4.2 Rozdz. I SIWZ wymagania dokumentu wykazującego rzeczywisty dostęp do zasobów MARKOP L&A J..... Spółka jawna w zakresie wiedzy i doświadczenia z uwagi na to, iż złożony wraz z ofertą dokument zobowiązania z dnia 10.01.2014 r. (str. 15 oferty) nie spełnia wszystkich określonych w pkt 4.4.2 Rozdz. I SIWZ wymagań.

W ramach przywołanych postanowień SIWZ stwierdzono, że: *„Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt 4.1., polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda pisemnego zobowiązania tych podmiotów dotyczącego*

- a) zakresu udostępnionych Wykonawcy zasobów innego podmiotu i sposobu ich wykorzystania*
- b) charakteru stosunku jaki będzie łączył Wykonawcę z tym podmiotem*
- c) zakresu i okresu udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”.*

Przystępujący w ramach załącznika do pisma przewodniego z dnia 12.03.2014 r. przedłożył – zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia. Powyższy dokument ma datę przybita datownikiem 27.01.2014 r. Nadto, w dokumentacji postępowania znajduje się kserokopia niniejszego zobowiązania z pisemną opinią prawną radcy prawnego Zamawiającego – na której brakuje przywołanej daty przybitej datownikiem. Powyższe jednoznacznie jest widoczne na oryginalnych dokumentach, w ramach dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 568/14, tzn. kserokopiach data datownika jest „prawie niewidoczna”. Do różnic między zobowiązaniem uzyskanym przez Zamawiającego w toku poprzedniego

postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 267/14, dołączonym do pisma procesowego Przystępującego z dnia 25.02.2014 r., a zobowiązaniem uzyskanym przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r. (przekazanym wraz z pismem przewodnim z dnia 12.03.2014 r.), Izba odnie się w dalszej części uzasadnienia, stwierdzając w tym miejscu, że nie mają one charakteru zasadniczego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący sformułował następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się tym, że za najkorzystniejszą została wybrana oferta podlegająca odrzuceniu;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nie wykluczenie wykonawcy Thomas Sp. z o.o. z postępowania, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
- 4) art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp poprzez niewykonanie przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14,
- 5) art. 44 ust 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.) poprzez wydatkowanie środków publicznych w sposób niezgodny z ustawą prawo zamówień publicznych i w efekcie w sposób zaprzeczający zasadzie legitymizmu. Izba z uwagi na charakter podniesionych zarzutów dokonała rozpatrzenia podniesionych zarzutów łącznie uznając, że nie zostały one przez Odwołującego udowodnione.

Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że w żadnym wypadku nakaz wynikający z wyroku KIO dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14 nie należy interpretować, w ten sposób, że można było na wezwanie Zamawiającego przedłożyć tylko i wyłącznie zobowiązanie takie samo jak zostało przedstawione w toku ówczesnego postępowania odwoławczego. Ewentualnie ograniczyć się do zbadania zobowiązania uzyskanego ówczasem. Wykonawca mógł bowiem, przedłożyć takie samo zobowiązanie lub inne, tak aby docelowo został przedstawiony wiarygodny dowód na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 4.4.2 Rozdz. I SIWZ. Niniejsze wynika tak z sentencji, jak i uzasadnienia orzeczenia (str. 23).

W następnej kolejności, odnośnie oryginalnego zobowiązania przedłożonego przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.03.2014 r., Izba wskazuje na następujące okoliczności. Izba przeprowadziła zawnioskowany przez Odwołującego, ale także częściowo przez Zamawiającego dowód z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem tak w sprawie o sygn. akt: KIO 267/14 oraz aktualnie w sprawie o sygn. akt: KIO 568/14. Powyższa dokumentacja została także zweryfikowana w oparciu o oryginalną dokumentacja postępowania przekazaną przez Zamawiającego na czas wydania orzeczenia. Dotyczy to także oferty Przystępującego, jak i zobowiązania uzyskanego przez Zamawiającego w toku poprzedniego postępowania odwoławczego, dołączonego do pisma procesowego Przystępującego z dnia 25.02.2014 r. do sprawy o sygn. akt: KIO 267/14, tudzież zobowiązania uzyskanego przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r. (przekazanego wraz z pismem przewodnim z dnia 12.03.2014 r.).

W żadnym wypadku, ani z oferty Przystępującego, tak kopii, jak i oryginału, tudzież dokumentacji postępowania pochodzącej od Zamawiającego nie wynika, jakoby data przybita datownikiem na oryginalnym zobowiązaniu uzyskanym przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r. nie pochodziła od podmioty trzeciego, czyli jego wystawcy, ale od Przystępującego, czy też tym bardziej od Zamawiającego. Okoliczność, że dotychczas podmiot trzeci nie używał datownika nie świadczy o tym, że w tym wypadku nie miało to miejsca, a data została przybita przez Przystępującego, czy też Zamawiającego. Z kolei dokumentacja postępowania pochodząca od Zamawiającego, tak w kopii potwierdzonej za zgodność, jak i oryginalna nie daje żadnych podstaw do uznania, że miało miejsce użycie datownika przez Zamawiającego i przybicie daty ex post po wydaniu opinii prawnej przez radcę prawnego Zamawiającego (na kopii sporządzonej z oryginalnego zobowiązania uzyskanego przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r.). Datownik używany przez Zamawiającego, ma zupełnie inny format, tj. tak wygląd, kolor, jak i wielkość oznaczenia daty. W konsekwencji Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń.

Odnośnie kserokopii oryginalnego zobowiązania uzyskanego przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r., na którym została wydana odrębna opinia prawna przez radcę prawnego Zamawiającego, Izba podnosi następujące okoliczności. Mimo oddalenia wniosku o przeprowadzenie eksperymentu procesowego, z uwagi na brak oryginalnego urządzenia, na którym Zamawiający kopiował oryginał zobowiązania uzyskany na wezwanie z dnia 11.03.2014 r., należy uznać w dobie powszechnych urządzeń kopiujących i drukujących, że kopie sporządzone z oryginału mają gorszą jakość, w zależności od stanu technicznego urządzenia, jakości tuszu oraz wiedzy technicznej osoby sporządzającej kopie w zakresie obsługi urządzenia. Brak daty na kopii oryginalnego zobowiązania uzyskanego

przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r., na którym została wydana odrębna opinia prawna przez radcę prawnego Zamawiającego, może zarówno świadczyć, o tym, że tej daty nie było tam od początku, jak i o tym, że data zanikła w procesie kopiowania. Izba nie może przyjąć na podstawie domysłów i domniemania, czy też założeń Odwołującego istnienie określonych okoliczności za wykazanych. Zwłaszcza, gdy wynik domniemania może być dwojaki. Doświadczenie życiowe także nie wyklucza zaistnienia takiej sytuacji, na jaką wskazywał na rozprawie Zamawiający, jak i Przystępujący. Kwestia użytego tuszu w datowniku, jego koloru, natężenia oraz natężenia tuszu w datowniku, a pieczęć Prezesa Zarządu Przystępującego mających podobny kolor tuszu, lecz inne natężenie nie pozostaje bez wpływu na ocenę kopii zobowiązania uzyskanego przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r. W tym zakresie nie są konieczne wiadomości specjalne, gdyż sam dokument zobowiązania pozwala na przeprowadzenie dowodu w tym zakresie, tj. z oryginalnego zobowiązania udostępnionego przez Zamawiającego na okres wydania niniejszego orzeczenia. Różnica jest bowiem widoczna na pierwszy „rzut oka”.

Dodatkowo należy wskazać, że różnice w treści między zobowiązaniem przedłożonym w toku poprzedniego postępowania odwoławczego, a zobowiązaniem uzyskanym przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r., wynikają niewątpliwie z faktu, iż stanowi ono odpowiedź na nakazane wezwanie wystosowane przez Zamawiającego. W konsekwencji Izba nie może obciążać negatywnie Przystępującego i podmiot trzeci, tym że ściśle zastosował się do wezwania oraz wyroku KIO z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14. Tym bardziej, że orzeczenie z dnia 28.02.2014 r. uznało uzyskane zobowiązanie za nie podlegające ocenie w ówczesnym stanie faktycznym, gdyż dotyczy stanu rzeczy, który nie został ustalony w toku postępowania przetargowego. Należy w wyniku powyższego założyć, że mamy do czynienia tylko z dwoma, a nie z trzema zobowiązaniami. Nadto, abstrahując od powyższego, Izba również podnosi, odnośnie zobowiązania, które Zamawiający uzyskał w toku poprzedniego postępowania odwoławczego, że same różnice między tym zobowiązaniem, a zobowiązaniem uzyskanym przez Zamawiającego na wezwanie z dnia 11.03.2014 r. nie mają co do istoty charakteru zasadniczego i raczej wynikają z zastosowania się do wezwania Zamawiającego i wyroku KIO z dnia 28.02.2014 r. Poza tym, należy zauważyć, że doświadczenie życiowe, to zbyt mało, aby uznać daną okoliczność korzystną dla Odwołującego za „pewną”. W tym wypadku, niniejsze dotyczy braku ewentualnego istnienia kilku zobowiązań dotyczących udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Naturalnie z zastrzeżeniem zastosowania się Wykonawcy do wezwania Zamawiającego z dnia 11.03.2014 r. i wyroku KIO z dnia 28.02.2014 r., sygn. akt: KIO 267/14 W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, a to na nim spoczywał ciężar dowodzenia, że w dniu 27.01.2014 r. nie miało miejsca udostępnienie zasobów podmiotu

trzeciego w stosunku do Przystępującego. Nie podważył także wiarygodności oryginalnego zobowiązania złożonego na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.03.2014 r. i daty tam zawartej. Pośrednio potwierdza powyższą datę (przynajmniej ze strony Przystępującego, który był przecież także odbiorcą zobowiązania) – pismo przewodnie Przystępującego z dnia 12.03.2014 r.

Względem treści samego zobowiązania uzyskanego na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.03.2014 r., to w ocenie Izby zawiera ono informacje, tak dotyczące zakresu udostępnionych zasobów: „(...) *posiadanego zasobu wiedzy i doświadczenia do wykorzystania przez (...) będzie polegało na merytorycznym wsparciu podczas wykonywaniu w/w usługi (...)*”, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z podmiotem trzecim: „(...) *umowa o świadczenie usług doradczych, do których stosuje się przepisy Kodeksu Cywilnego o zleceniu (...)*”, jak i zakresu i okresu udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: „ (...) *jak również w trakcie realizacji zamówienia w przypadku jego uzyskania (...). (...) Wykorzystywanie zasobów (...) związane będzie z bezpośrednim zaangażowaniem w pomoc dla (...) w realizacji zamówienia w postaci doradztwa i stałych konsultacji w zakresie wszystkich czynności składających się Zamawiającego na w/w usługę w efekcie czego zaistnieje ścisły nadzór merytoryczny (...) nad realizacją zamówienia mający na celu zapewnienie przekazania standardów jakościowych realizacji zamówienia tego rodzaju i doświadczeń organizacyjnych. Dodatkowo (...) umożliwi kontakt ze swoimi specjalistami, posiadającymi doświadczenie przy realizacji zamówień polegających na wykonywaniu usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości wraz z czynnościami pomocniczymi przy pacjencie w zakładach opieki zdrowotnej. Kontakt ten będzie w szczególności polegał na organizowaniu cotygodniowych (jeżeli zajdzie taka potrzeba częstszych) wideokonferencji, mających na celu omówienie realizacji usługi w zakresie kompleksowego sprzętania powierzchni Szpitala, czynności pomocniczych przy pacjentach w Klinice Psychiatrii, obrotu bielizną szpitalną oraz świadczenia usługi transportu w obiektach Zamawiającego. (...)*”.

Izba również podnosi, że Odwołujący nie formułował w ramach odwołania zarzutów zaniechania wezwania do wyjaśnień treści zobowiązania złożonego na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.03.2014 r., z tej przyczyny formułowane w tym zakresie zarzuty, w sposób pośredni na rozprawie, należy uznać za spóźnione. Przy czym, należy jedynie stwierdzić, że dalsza weryfikacja, chociażby w trybie § 1 ust. 6 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) nie ma charakteru automatycznego, następuje bowiem w przypadku pierwotnego niewykazania przez Wykonawcę kwestii udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.598,98 zł, tj. zgodnie z załączonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz kosztów przejazdu na rozprawę (880,93 zł) wyliczonych na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (DZ. U. z 2002 r. nr 27, poz. 271 z późn. zm.).

Przewodniczący :

.....