

Sygn. akt: KIO 845/22

## WYROK

z dnia 12 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2022 roku przez wykonawcę **„IZAN+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny im. dr. Józefa Babińskiego SPOZ w Krakowie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Fudeko Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: **CLAR SYSTEM Spółka Akcyjna, Clar Serwis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, „Solcom - Bayard” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą lidera w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

### orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **„IZAN+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **„IZAN+” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego: **Szpitala Klinicznego im. dr. Józefa Babińskiego SPOZ w Krakowie** kwotę 1 768 zł 64 gr (słownie: tysiąc siedemset sześćdziesiąt osiem złotych sześćdziesiąt cztery grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz związane z dojazdem na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Szpital Kliniczny im. dr. Józefa Babińskiego SPOZ w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia i utrzymania czystości”, numer referencyjny: ZP-1/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 stycznia 2022 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2022/S 012-026929.

Zamawiający 14 marca 2022 r. przekazał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Fudeko S.A. Z zachowaniem terminu ustawowego wykonawca „IZAN+” sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Fudeko S.A. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż przedstawione przez niego referencje, wystawione przez Regionalny Szpital w Kołobrzegu:
  - a) wskazują nie na wykonanie przez wykonawcę co najmniej dwóch usług w ramach odrębnych umów, lecz na wykonanie ciągle (nieprzerwane) tej samej usługi na rzecz tego samego zamawiającego,
  - b) wskazują na wykonanie przez wykonawcę usługi na rzecz tego samego zamawiającego, podczas gdy z warunku udziału w postępowaniu wynika, że należało go spełnić przez wykonanie dwóch usług na rzecz co najmniej dwóch różnych zamawiających,
- 2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty wykonawcy Fudeko S.A., podczas gdy oferta ta nie została zweryfikowana przez Zamawiającego w zakresie wykazania przez ww. wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wezwanie wykonawcy Fudeko S.A. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,
- 3) dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 i art. 116 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w sekcji VII w punkcie 1.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej również: „SWZ”) określił warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w brzmieniu: „Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi w ramach odrębnych umów, polegające na świadczeniu usługi sprzątnia w podmiotach wykonujących działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem, o wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł brutto każda z usług oraz sprzątnięj powierzchni powyżej 10 000 m kwadratowych każda z usług.” Wykonawca Fudeko S.A. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 1 marca 2022 r. złożył stosowne dokumenty, w tym załącznik nr 2.2 do SWZ - wykaz usług potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca ten wykazał dwie usługi polegające na utrzymaniu w czystości w Regionalnym Szpitalu w Kołobrzegu. Jedna z usług miała być wykonywana w okresie 03.05.2017 r. - 31.07.2020 r., druga zaś w okresie 03.08.2020 r. - 02.08.2023 r. Z przedstawionych referencji z 23 lutego 2022 r. wynika jednak, że pierwsza z tych usług była realizowana przez 36 miesięcy od 3 maja 2017 r., co oznacza, że zakończenie jej wykonywania musiało nastąpić nie z dniem 31 lipca 2020 r., lecz z dniem 2 sierpnia 2020 r. Jak wynika zaś z referencji z 3 lutego 2022 r., kolejną usługę na rzecz tego samego zamawiającego wykonawca rozpoczął 3 sierpnia 2022 r. W rzeczywistości jest to więc jedna, ciągła usługa mająca tożsamy zakres realizacji, która była wykonywana przez tego wykonawcę od 3 maja 2017 r. po dziś dzień. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, wykonawca Fudeko S.A. nie wykazał się wymaganą przez Zamawiającego zdolnością zawodową niezbędną do realizacji zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem wykonania dwóch odrębnych (różnych) usług, tymczasem wykonawca dokonał obejścia tego wymogu, zgłaszając Zamawiającemu wykonanie usług formalnie znajdujących się na dwóch różnych umowach, zaś w istocie opiewających na tożsamą usługę. Takie działanie jest niedopuszczalne, gdyż warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia. Wykonanie tożsamej usługi nieprzerwanie na rzecz tego samego zamawiającego nie potwierdza tej zdolności, gdyż z treści warunku

wynika, że intencją Zamawiającego było, aby wykonawca wykazał się pomyślną współpracą z zamawiającym w co najmniej dwóch różnych sytuacjach rzeczowo-organizacyjnych. Innymi słowy, chodziło o potwierdzenie Zamawiającemu, że wykonawca jest zdolny do wykonywania usług w rozmaitych warunkach lub na rzecz różnych zamawiających, mając na uwadze, że wystawienie referencji przez jednego zamawiającego i w odniesieniu do tożsamyh usług może wynikać ze specyfiki zamówienia, niewystępującej u Zamawiającego albo z przyczyn nieobiektywnych.

Zdaniem Odwołującego kolejnym powodem niezgodności przedstawionych referencji z przedmiotowym warunkiem udziału w postępowaniu jest to, że z ich treści wynika wyraźnie, iż wykonawca powinien się wykazać wykonaniem dwóch usług na rzecz co najmniej dwóch (różnych) podmiotów wykonujących działalność leczniczą. Gdyby było inaczej, Zamawiający nie użyłby liczby mnogiej w treści warunku, lecz wskazałby, że chodzi o wykonanie dwóch usług na rzecz podmiotu wykonującego działalność leczniczą. Skoro zaś chodzi o podmioty, a nie podmiot, jasne jest, że Fudeko S.A. nie spełniła warunku udziału w postępowaniu, gdyż przedstawiła referencje wyłącznie od Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu. Intencją Zamawiającego było, aby zamówienie wykonał wykonawca posiadający doświadczenie we współpracy z więcej niż jednym zamawiającym, gdyż poprawne wykonanie usługi na rzecz jednego tylko zamawiającego może wynikać z innych przyczyn niż kompetencje wykonawcy.

Następnie Odwołujący przytoczył z art. 128 ust. 1 Pzp i stwierdził, że skoro z przedstawionych przez Fudeko S.A. referencji nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to należało wezwać tego wykonawcę do nadesłania podmiotowych środków dowodowych potwierdzających jego spełnienie, czemu Zamawiający uchybił.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp Odwołujący wskazał, że ma on charakter wynikowy. Pierwotnym naruszeniem Pzp jest wybór oferty wykonawcy Fudeko S.A., która nie została prawidłowo zweryfikowana pod kątem złożonych przez tego wykonawcę podmiotowych środków dowodowych. Wybór tej oferty jako najkorzystniejszej jest zatem wtórnym naruszeniem Pzp. Czynność wyboru oferty jest bowiem wadliwa. Zamówienie powinno zostać udzielone jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp (art. 17 ust. 2 Pzp).

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający stwierdził, że przedłożone przez wykonawcę Fudeko S.A. podmiotowe środki dowodowe potwierdzają, iż wykonawca ten spełnia wymagania określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie doświadczenia jakim winni legitymować się wykonawcy. Nie wystąpiły zatem wskazane w art. 128 ust. 1 Pzp przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do wezwania Fudeko S.A. do

złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W konsekwencji Zamawiający działając na podstawie art. 239 ust. 1 Pzp był uprawniony do wyboru oferty złożonej przez Fudeko S.A. jako najkorzystniejszej.

Zamawiający podał m.in., że 1 marca 2022 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę Fudeko S.A., którego oferta została najwyżej oceniona, do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 14 marca 2022 r. W określonym przez Zamawiającego terminie Fudeko S.A. przedłożyła dokumenty na okoliczność posiadania wymaganej przez Zamawiającego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykaz usług sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 2.2 do SWZ; list referencyjny z dnia 23 lutego 2022 r. wystawiony przez Regionalny Szpital w Kołobrzegu; list referencyjny z dnia 03 lutego 2022 r. wystawiony przez Regionalny Szpital w Kołobrzegu; Umowę Nr 08/UO/2017 z dnia 25.04.2017 r. zawartą z Regionalnym Szpitalem w Kołobrzegu wraz z następującymi załącznikami: nr 2 obejmującym wykaz pomieszczeń oraz metraż powierzchni oraz nr 21 stanowiącym Formularz ofertowy. Na podstawie ww. dokumentów Zamawiający uznał, iż wykonawca ten spełnia określony w Specyfikacji Warunków Zamówienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, ponieważ wykazał, że:

- 1) w okresie od 3 maja 2017 r. przez okres 36 miesięcy zrealizował usługę sprzątnia na rzecz Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu na podstawie Umowy Nr 08/UO/2017 z dnia 25.04.2017 r., która obejmowała powierzchnię 21 106,71 m<sup>2</sup>, a całkowita wartość usługi wynosiła 8 626 327,92 zł brutto,
- 2) od 3 sierpnia 2020 r. realizuje na rzecz Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu usługę sprzątnia na podstawie Umowy nr 17/UO/2020 z 3 sierpnia 2020 r., która obejmuje powierzchnię 21 121,97 m<sup>2</sup>, a całkowitą wartość usługi określono na kwotę 11 196 117,00 zł brutto.

Zamawiający stwierdził, że udzieleniem zamówienia jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem mogą być usługi, dostawy lub roboty budowlane, co następuje po przeprowadzeniu przez zamawiającego właściwego postępowania o udzielenie zamówienia. Przedmiotem umowy (zamówienia) jest zatem usługa realizowana na zasadach opisanych w tejże umowie, w tym w okresie w niej wskazanym. Po upływie okresu obowiązywania umowy zamawiający może powierzyć wykonanie usługi wykonawcy wyłonionemu we właściwym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym to postępowaniu zamawiający na nowo opisuje przedmiot usługi (zamówienia) oraz warunki jej wykonania, w tym okres realizacji. Z tych przyczyn należy

przyjąć, że wykonanie przez Fudeko S.A. zamówienia na utrzymanie w czystości i prawidłowym stanie budynków Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu najpierw na podstawie Umowy Nr 08/UO/2017 z dnia 25.04.2017 r., a następnie po upływie okresu obowiązywania Umowy Nr 08/UO/2017, na mocy Umowy nr 17/UO/2020 z dnia 03.08.2020 r., to realizacja dwóch następujących po sobie zamówień publicznych, a w konsekwencji dwóch usług. Każda z powyższych umów została zawarta w wyniku przeprowadzonego przez Regionalny Szpital w Kołobrzegu odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko Odwołującego o konieczności traktowania umów zawartych pomiędzy Fudeko S.A. a Regionalnym Szpitalem w Kołobrzegu jako jednej usługi, nie zasługuje na uwzględnienie także z tej przyczyny, że zarówno w poprzednim stanie prawnym (art. 142 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych; t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), jak również na gruncie art. 421 obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, udzielenie zamówienia (zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego) na okres dłuższy niż 4 lata jest co do zasady zabronione. W konsekwencji usług wykonywanych przez Fudeko S.A. na rzecz Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu na podstawie kolejno zawieranych umów tj. Umowy Nr 08/UO/2017 oraz Umowy nr 17/UO/2020, nie można potraktować jako jednej usługi (jednego zamówienia).

W dalszej kolejności Zamawiający zaprzeczył jakoby wymagał od wykonawców wykazania się realizacją usług na rzecz różnych podmiotów wykonujących działalność leczniczą. W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (sekcja VII pkt 1.4) Zamawiający wskazał, że wykonawca winien wykazać realizację co najmniej dwóch usług w ramach odrębnych umów w podmiotach wykonujących działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem. W ten sposób Zamawiający sprecyzował kategorię zamawiających publicznych, którzy powinni być odbiorcami usługi realizowanej przez wykonawcę na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia. Natomiast gdyby Zamawiający faktycznie wymagał wykazania usług zrealizowanych na rzecz odrębnych podmiotów leczniczych, wówczas wyartykułowałby taki warunek poprzez zamieszczenie zapisu w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia o następującym brzmieniu: „Warunek w zakresie zdolności technicznej/zawodowej zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie usługi w ramach odrębnych umów, polegające na świadczeniu usługi sprzątnięcia w odrębnych podmiotach wykonujących działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem, o wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł brutto każda z usług oraz sprzątnięcia powierzchni powyżej 10 000 m kwadratowych każda z usług.” Dokonanie opisu stawianego warunku udziału w

postępowaniu należy do zamawiającego, który opisując warunki udziału w postępowaniu powinien z jednej strony określić je na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, tak aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, z drugiej zaś strony - na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Przy czym "niezbędność" należy rozumieć jako taki minimalny poziom wymagań, bez którego wykonawca nie będzie w stanie wykonać należycie zamówienia. Kierując się tą zasadą Zamawiający określił wymagane doświadczenie na poziomie co najmniej dwóch usług zrealizowanych na rzecz podmiotów wykonujących działalność leczniczą nie stawiając warunku, aby każda z usług była realizowana na rzecz odrębnych/różnych podmiotów wykonujących działalność leczniczą.

W podsumowaniu Zamawiający podał, że twierdzenie Odwołującego jakoby Zamawiający wymagał realizacji usług w różnych podmiotach wykonujących działalność leczniczą stanowi niezgodną z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp wykładnię zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawców. W przedmiocie zdolności technicznej lub zawodowej jaką winni legitymować się wykonawcy Zamawiający jasno i precyzyjnie opisał wszystkie elementy, które muszą występować łącznie dla wykazania spełniania tego warunku, którymi są: minimalna liczba zrealizowanych/realizowanych usług sprzątnia na podstawie odrębnych umów, minimalna powierzchnia objęta każdą usługą sprzątnia, minimalna wartość każdej usługi sprzątnia, kategoria zamawiających publicznych będących odbiorcami usług wykonawcy - podmioty wykonujące działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: CLAR SYSTEM S.A., Clar Serwis sp. z o.o., „Solcom -Bayard” sp. z o.o. skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, natomiast wykonawca Fudeko S.A. (dalej również: „Przestępujący Fudeko”) skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

W złożonym 11 kwietnia 2022 r. piśmie Przystępujący Fudeko wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, ewentualnie o oddalenie odwołania z uwagi na brak legitymacji czynnej po stronie Odwołującego, wskazując m.in., że Odwołujący nie wykazał, iż przy dokonaniu przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, realnym byłby taki wynik postępowania, w następstwie którego



zostałaby z nim zawarta umowa, a tym samym wskutek naruszenia ustawy mógł on ponieść szkodę;

- 2) w razie nieuwzględnienia ww. wniosku - o oddalenie odwołania jako bezzasadnego, wskazując m.in., że nie polega na prawdzie twierdzenie Odwołującego, jakoby usługi, których realizację wykazał Przystępujący, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, należało w istocie uznać za jedną, ciągłą usługę o tożsamym zakresie.

Przystępujący Fudeko stwierdził, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu nr 2016/S 250-461001 z dnia 28 grudnia 2016 r., przedmiotem usługi wykonywanej od 3 maja 2017 r. do 31 lipca 2020 r. było Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości i prawidłowym stanie sanitarnym budynków, czynności pomocnicze przy pacjencie oraz sprzątanie terenów zewnętrznych Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, termin realizacji usługi miał wynosić 36 miesięcy od daty zawarcia umowy. W wyniku wygranego przetargu, w dniu 25 kwietnia 2017 r. zawarł z Zamawiającym umowę o zamówienie publiczne, z terminem rozpoczęcia jego realizacji od 3 maja 2017 r. Umowa o zamówienie publiczne została zawarta na okres 36 miesięcy, więc okres jej obowiązywania powinien zakończyć się 2 maja 2020 r., a nie jak twierdzi Odwołujący - 2 sierpnia 2020 r. Jednakże na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6 Pzp2004, Przystępujący zawierał z Zamawiającym aneksy przedłużające okres trwania Umowy. Natomiast zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu nr 2020/S 057-136165 z dnia 20 marca 2020 r., dotyczącym usługi wykonywanej obecnie, tj. od 3 sierpnia 2020 r. (data końcowa: 2 sierpnia 2023 r.), przedmiotem tej usługi jest Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości i prawidłowym stanie sanitarnym budynków oraz sprzątanie terenów zewnętrznych Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu. Już z samej nazwy postępowania jednoznacznie wynika, że nie było ono kontynuacją poprzednio świadczonej usługi, gdyż z zamówienia wyłączono „czynności pomocnicze przy pacjencie”, a więc przedmiotem zamówienia był inny zakres usług.

W ocenie Przystępującego Odwołujący dokonał nadinterpretacji intencji Zamawiającego twierdząc, że pod pojęciem „dwóch usług w podmiotach wykonujących działalność leczniczą” Zamawiający rozumie dwie usługi wykonywane na rzecz dwóch „różnych” podmiotów leczniczych, podczas gdy nie wynika to z postawionego przez Zamawiającego warunku wzięcia udziału w postępowaniu.

Do pisma zostały załączone: kopia ogłoszenia o zamówieniu nr 2016/S 250-461001 z dnia 28 grudnia 2016 r.; kopia Umowy z dnia 27 kwietnia 2017 r.; kopia ogłoszenia o

zamówieniu nr 2020/S 057-136165 z dnia 20 marca 2020 r.; kopia Umowy z dnia 03 sierpnia 2020 r.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do złożonych ww. pism, a także złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci umów zawartych przez Fudeko S.A. z Regionalnym Szpitalem w Kołobrzegu z 2017 i 2020 roku wraz z dokumentami zamówienia i aneksami.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Uczestników postępowania, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał, że jego oferta została sklasyfikowana na czwartym miejscu w rankingu ofert, za ofertą złożoną przez wykonawcę Fudeko S.A., która została sklasyfikowana na pierwszym miejscu. W konsekwencji, w wypadku uwzględnienia żądań odwołania i w rezultacie ewentualnego odrzucenia oferty tego wykonawcy, Zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert. Odwołujący w takim wypadku w dalszym ciągu ma szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, gdyż Zamawiający zaznaczył w sekcji VIII, pkt 1.1. SWZ, iż najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji czego możliwe będzie podważanie przez Odwołującego kolejnych ofert, które pierwotnie zostały ocenione wyżej przez Zamawiającego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Zamawiający poinformował wykonawców o zastosowaniu przepisu art. 139 Pzp w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Wbrew zatem stanowisku Przystępującego Fudeko to, że oferta Odwołującego na obecnym etapie postępowania plasuje się na czwartej pozycji, nie oznacza, że sytuacja ta nie mogłaby ulec zmianie. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i przystąpienia Zamawiającego do badania i oceny ofert, które w rankingu ofert uplasowały się przed ofertą Odwołującego, mogłyby bowiem ewentualnie

pojawić się szanse na ich zakwestionowanie i w konsekwencji korzystne dla Odwołującego zmiany w tym rankingu

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty postawione przez Odwołującego, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. Z art. 112 ust. 2 pkt 4 i art. 116 ist. 1 Pzp

Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Stosownie do art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp: *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: (...) zdolności technicznej lub zawodowej. Z kolei w myśl art. 116 ust. 1 Pzp: W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.*

W okolicznościach analizowanej sprawy nie jest sporne, że Przystępujący Fudeko wykazał, że w wymaganym okresie wykonał/wykonuje usługi spełniające warunek udziału w postępowaniu określony w sekcji VII pkt 1.4. SWZ co do przedmiotu, wartości, powierzchni objętej sprzątnięciem oraz rodzaju podmiotu, na rzecz którego były lub są świadczone. Spór dotyczy natomiast sposobu rozumienia tego warunku w dwóch aspektach, tj. sposobu rozumienia usług oraz użytego w określeniu warunku wyrazu „podmiotów”, na rzecz których miały być wykonywane.

Według Odwołującego okoliczność, że świadczenie przez Fudeko S.A. referencyjnych usług następowało na podstawie dwóch kolejnych umów, zawartych przez tego samego zamawiającego, oznacza, że w rzeczywistości chodzi o jedną usługę

świadczoną na rzecz jednego podmiotu, podczas gdy warunek dotyczył dwóch usług w ramach odrębnych umów świadczonych na rzecz różnych zamawiających.

Zdaniem natomiast Zamawiającego oraz Przystępującego Fudeko okoliczność, że referencyjne usługi były/są świadczone na podstawie ww. dwóch kolejno po sobie następujących umów, nadto nieznacznie różniących się między sobą co do przedmiotu i powierzchni, nie oznacza, że w tym zakresie nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu. Są to bowiem dwie usługi wykonane/wykonywane na podstawie odrębnych umów, a nie jedna, jak twierdzi Odwołujący. To, że umowy zostały zawarte z tym samym zamawiającym nie stanowi przeszkody dla uznania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, bowiem użycie przez Zamawiającego liczby mnogiej odnoszącej się do „podmiotów wykonujących działalność leczniczą” jest oczywiste i nie świadczy o tym, że wykazanie dwóch różnych usług musi być związane z ich wykonaniem na rzecz dwóch różnych podmiotów.

W ocenie Izby należy zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego i Przystępującego Fudeko.

Na wstępie zauważenia wymaga, że zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Izby zarówno zamawiający, jak i wykonawcy są związani treścią specyfikacji warunków zamówienia, która po terminie składania ofert nie może być zmieniana, natomiast powstałe wątpliwości w zakresie interpretacji jej postanowień, w tym zawierających określenie warunków udziału w postępowaniu, nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy, bowiem to zamawiający jest autorem tego dokumentu i to jego obciążają ewentualne negatywne konsekwencje braku jednoznaczności postanowień SWZ.

*Zgodnie z sekcją VII pkt 1.4. SWZ „Warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, iż wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi w ramach odrębnych umów, polegające na świadczeniu usługi sprzątnia w podmiotach wykonujących działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem, o wartości nie mniejszej niż 3 000 000 zł brutto każda z usług oraz sprzątnanej powierzchni powyżej 10 000 m kwadratowych każda z usług”*

Ze sposobu określenia ww. warunku udziału w postępowaniu wynika, że Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w wykonaniu/wykonywaniu co najmniej dwóch usług sprzątnia w ramach odrębnych umów, przy czym nie zawarł dodatkowego (poza tym, że mają pochodzić z okresu ostatnich trzech lat) zastrzeżenia dotyczącego okresu ich obowiązywania, w tym, że te odrębne umowy nie

mogą być zawarte kolejno jedna po drugiej, jak też nie wprowadził wymogu, aby były to umowy zawarte z różnymi podmiotami.

Sposób określenia warunku udziału w postępowaniu wskazuje na to, że Zamawiający usługi łączy z umową, o czym wykonawcy zostali poinformowani w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie Odwołującego przedstawione na rozprawie, z którego wynika, że w okolicznościach analizowanej sprawy usługi należy traktować odrębnie niż umowy, jak też jego twierdzenie, że wprawdzie były to dwa zamówienia, ale jedna usługa. Stosownie bowiem do art. 7 pkt 32 Pzp *przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług.*

Z przedłożonych m.in. przez Odwołującego dowodów w postaci umów z 2017 r i 2020 r., gdzie zamawiającym był Regionalny Szpital w Kołobrzegu wynika, że były one zawarte w rezultacie dokonania przez tego zamawiającego wyboru oferty w wyniku przeprowadzonego w reżimie zamówień publicznych postępowania o udzielenie zamówienia.

Tak więc wbrew stanowisku Odwołującego Przystępujący Fudeko wykazał się wykonaniem/wykonywaniem dwóch usług sprzątnięcia w ramach dwóch umów. Jak wyżej wskazano wiążąca jest treść SWZ, która określa wskazuje nie tylko na usługi ale też na umowy, co oznacza, że w okolicznościach analizowanej sprawy twierdzenia Odwołującego nie znajdują uzasadnienia.

Dowody złożone w postępowaniu, w tym ww. umowy złożone przez Odwołującego, oraz stanowiska Stron i Przystępującego Fudeko wskazują, że wykonawca Fudeko S.A. wykazał, że w okresie od 3 maja 2017 r. przez okres 36 miesięcy należycie zrealizował usługę sprzątnięcia na rzecz Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu na podstawie umowy Nr 08/UO/2017 z 25 kwietnia 2017 r., która obejmowała powierzchnię 21 106,71 m<sup>2</sup>, a całkowita wartość usługi wynosiła 8 626 327,92 zł brutto, oraz od 3 sierpnia 2020 r. w sposób należyty realizuje na rzecz Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu usługę sprzątnięcia na podstawie umowy nr 17/UO/2020 z 3 sierpnia 2020 r., która obejmuje powierzchnię 21 121,97 m<sup>2</sup>, a całkowitą wartość usługi określono na kwotę 11 196 117,00 zł brutto.

Oznacza to, że Zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca ten wykazał spełnianie wymogu wykazania się wykonaniem dwóch usług sprzątnięcia realizowanych na podstawie odrębnych umów. Nie jest bowiem sporne, że zasadniczym przedmiotem tych umów była usługa sprzątnięcia. To, że pierwsza z tych umów poza sprzątnięciem obejmowała także usługi pomocnicze przy pacjencie tego nie zmienia. Nie została bowiem zakwestionowana wartość tej umowy z uwagi na objęcie nią także tych usług.

W ocenie Izby również stanowisko Odwołującego dotyczące podmiotu, na rzecz którego były świadczone przez Przystępującego Fudeko referencyjne usługi, nie znajduje potwierdzenia.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że użyte w treści opisu warunku pojęcie „w podmiotach wykonujących działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem” należy odnosić do rodzaju podmiotów, na rzecz których wymagane usługi (termin użyty w liczbie mnogiej) powinny być świadczone. Użycie liczby mnogiej w odniesieniu do podmiotów w kontekście całej ww. treści warunku nie oznacza zatem, że usługi musiały być świadczone na rzecz różnych podmiotów. Zamawiający inaczej, niż w odniesieniu do umów, nie użył bowiem określenia „odrębnych” lub równoznacznego dla podmiotów, na rzecz których referencyjne usługi były świadczone. Na marginesie zauważenia wymaga, że - jak słusznie podniósł Przystępujący Fudeko- gdyby Zamawiający w powyższym sformułowaniu do określenia podmiotów użył liczby pojedynczej, to oznaczałoby konieczność wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w wykonaniu dwóch usług na podstawie odrębnych umów wyłącznie na rzecz jednego podmiotu prowadzącego działalność leczniczą, co mogłoby skutkować nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji w postępowaniu.

Nie jest sporne, że Regionalny Szpital w Kołobrzegu, który zawarł ww. umowy z Przystępującym Fudeko, i na rzecz którego były świadczone w ich ramach usługi sprzątnia, jest podmiotem wykonującym działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem. W związku z tym należy uznać, że także w tym aspekcie Zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca Fudeko S.A. wykazał spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższej przedstawionego stanowiska wskazującego na uznanie, że treść przedmiotowego warunku udziału nie może być interpretowana w sposób przyjęty przez Odwołującego, bowiem nie znajduje on oparcia w treści SWZ, zauważenia wymaga, że nawet, jeśli by przyjąć, że treść Specyfikacji Warunków Zamówienia w tym aspekcie nie jest jednoznaczna, to ewentualne wątpliwości nie mogłyby być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy.

Z tych względów zważywszy na to, że złożone przez Fudeko S.A. podmiotowe środki dowodowe potwierdzają, iż wykonawca ten spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, nie wystąpiła podstawa do wystąpienia przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp Przystępującego Fudeko do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia tych dokumentów.

W związku z tym ww. zarzut odwołania nie znajduje potwierdzenia, a w konsekwencji za nieuzasadniony należy uznać drugi z zarzutów odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp

Stosownie do art. 239 ust. 1 Pzp: *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.* Zgodnie zaś z art. 17 ust. 2 Pzp: *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Nie zostało podniesione przez Odwołującego, aby Zamawiający dokonał wyboru oferty Fudeko S.A. na podstawie innych kryteriów oceny ofert, niż określone w dokumentach zamówienia. Z treści odwołania wynika natomiast, że według Odwołującego wybór oferty Fudeko S.A. stanowi naruszenie ww. przepisów Pzp, bowiem został dokonany pomimo braku prawidłowego zweryfikowania przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, złożonych przez tego wykonawcę.

Jak wyżej wskazano Fudeko S.A. przedstawiła podmiotowe środki dowodowe, które Zamawiający prawidłowo uznał za potwierdzające posiadanie przez tego wykonawcę wymaganego w SWZ doświadczenia.

Z tych względów odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania oraz koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego w związku z udziałem w postępowaniu odwoławczym jego pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt lit. a, b i d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....