

WYROK

z dnia 16 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2020 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę **ZGO-NOVA Sp. z o.o., Witaszyczki 1A, 63-200 Jarocin** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu,**

przy udziale wykonawcy **Hollywood Textile Service Sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego z siedzibą we Wrocławiu, działając na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn. „Kompleksowa usługa prania pościeli szpitalnej i materacy II”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 227-557803.

W dniu 30 listopada 2020r. Odwołujący – ZGO-NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Witaszyczkach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a, art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz 29 ust. 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu (w szczególności w zakresie dokumentów potwierdzających ich spełnienie) w sposób preferujący określone grono wykonawców, przez co naruszeniu ulega zasada zachowania uczciwej konkurencji;

2. art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem tzw. parametrów równoważności (rozwiązań równoważnych).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ poprzez:

a. umożliwienie wykonawcom przedłożenia wyników badań oraz opinii i zaświadczeń wydanych przez akredytowane podmioty (a nie tylko osoby uprawnione do przeprowadzenia kontroli sanitarnych — co jest pojęciem węższym),

b. umożliwienie przedłożenia przez wykonawców wyników badań mikrobiologicznych przeprowadzonych przez akredytowany podmiot,

c. opisanie przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do rozwiązań równoważnych, które umożliwiają udział w postępowaniu wykonawcom, którzy nie posiadają komory do dezynfekcji materacy, a są w stanie świadczyć usługę pralniczą na tym samym (lub lepszym) poziomie przy zachowaniu technologii i rozwiązań równoważnych

ewentualnie o:

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp bowiem jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Sygn. akt KIO 3156/20

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się, że Zamawiający, zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp powinien określić warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2019 r., sygn. KIO 1492/19). Według Odwołującego Zamawiający w niniejszym postępowaniu pominął ww. reguły i zasady kreując warunki udziału w postępowaniu w sposób dowolny i dalece niezobiektywizowany.

Wyjaśnił, że w pkt 6.2. pkt 8 SIWZ Zamawiający zażądał od Wykonawców, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedłożenia dokumentu wydanego przez Państwową Inspekcję Sanitarną lub inny podmiot upoważniony do przeprowadzania kontroli sanitarnych, tj.: udokumentowanie przeprowadzania systematycznych kontroli sanitarnych wykonywanych dotychczas usług poprzez załączenie do oferty opinii i zaświadczeń za 2017r., jednocześnie wskazując, że powyższe dokumenty powinny zawierać faktycznie realizowane badania w zakresie:

- a. czystość mikrobiologiczna bielizny szpitalnej i odzieży roboczej personelu r— min. 2 badania/12m-cy,
- b. czystość mikrobiologiczna wózków używanych w pralni— min. 2 badania/12m-cy,
- c. czystość mikrobiologiczna powierzchni płaskich i regałów w pralni — min. 2 badania/12 miesięcy,
- d. czystość mikrobiologiczna materacy-dezynfekcja komorowa (lub inny proces zapewniający właściwe pranie i dezynfekcję materacy— min. 2 badania/12m-cy"

Zdaniem Odwołującego, żądanie przez Zamawiającego przedłożenia przez Wykonawcę dokumentów wystawionych jedynie w 2017 r. jest jawnym i bezspornym ograniczeniem konkurencji, które wyklucza z udziału w przedmiotowym postępowaniu podmioty, które rozpoczęły działalność po 2017 r. Takie działanie w świetle przywołanych powyżej przepisów oraz orzecznictwa jest niedopuszczalne i niczym nieuzasadnione. Ponadto, dokumenty wystawione w 2017 r. w żaden sposób nie pozwalają na weryfikację zdolności wykonawców do realizacji przedmiotu zamówienia — może być bowiem tak, że dany wykonawca spełniał wymogi postawione przez Inspekcję Sanitarną w 2017 r., jednakże w latach następnych utracił taką pozytywną opinię. W konsekwencji żądanie przez Zamawiającego dokumentu sprzed trzech lat, w opinii Odwołującego, jest nielogiczne i w żaden sposób nie pozwala na weryfikację jakości świadczonych usług. Skoro tak sformułowane wymagania w zakresie dokumentów nie pozwalają na weryfikację spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w zakresie obecnego poziomu jakości oferowanych usług) to należy uznać je za zbędne, zawyżone i ograniczające konkurencję — co stoi w

Sygn. akt KIO 3156/20

oczywistej sprzeczności z Pzp. W ocenie Odwołującego spełnienie ww. wymogu powinno być umożliwione poprzez przedłożenie opinii i zaświadczeń wydanych również po 2017 r. Ponadto, jego zdaniem, Zamawiający w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu winien umożliwić potencjalnym wykonawcom przedłożenie badań mikrobiologicznych przeprowadzonych również przez akredytowane podmioty (a nie tak jak ma to miejsce obecnie wyłącznie przez właściwie Inspekcje Sanitarne). Żądanie wyników badań przeprowadzonych przez Inspekcję Sanitarną w toku kontroli jest nieuzasadnione i w istotny sposób ogranicza konkurencję, bowiem „kontrole” z natury rzeczy są prowadzone albo w przypadku stwierdzenia naruszeń albo w ramach tzw. „kontroli planowych”, tym samym tylko niewielka grupa podmiotów będzie mogła legitymować się co najmniej dwoma kontrolami przeprowadzonymi w ciągu 12 miesięcy (co do zasady będą to duże podmioty albo takie, co do których rzetelności są wątpliwości). Podkreślił, że tak sformułowane postanowienia SIWZ ograniczają znacznej liczbie wykonawców udział w przedmiotowym postępowaniu i w gruncie rzeczy nie są niczym uzasadnione. W ocenie Spółki spełnienie powyższego wymogu (z poszanowaniem zasad związanych z opisem przedmiotu zamówienia oraz dotyczących zasad uczciwej konkurencji) może zostać spełnione poprzez umożliwienie wykonawcom (alternatywnie) przedłożenia odpowiednich badań mikrobiologicznych wystawionych przez właściwą, akredytowaną jednostkę.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w załączniku numer 7 do SIWZ określił wymagania dotyczące technologii prania, która ma zostać wykorzystana w trakcie realizacji ww. zamówienia publicznego. W pkt 15 rzeczonoego dokumentu wskazano natomiast, iż Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia ma korzystać z komory do dezynfekcji materacy, wyposażonej w system monitoringu, rejestracji i wydruku parametrów procesu dezynfekcji. W ślad za tym postanowieniem Zamawiający wprowadził we wzorzec umowy oraz w samej SIWZ szereg wymagań odnoszących się do ww. komory do dezynfekcji (w tym w zakresie cyklicznego przedkładania przez Wykonawcę wyników badań). Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Wskazanie w tym przypadku szczególnego procesu, który charakteryzuje usługi bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych jest w ocenie Odwołującego naruszeniem Pzp, które nie zapewnia przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Wyjaśnił, że stosowana przez niego technologia spełnia wszystkie warunki należytego procesu dezynfekcji, a ponadto, że skuteczne wykonanie dezynfekcji nie wymaga wcale użycia komory dezynfekcyjnej. Proces dezynfekcji przebiega bowiem równie dobrze w pralnicowirówkach, w których dokonywany jest zarówno proces prania jak i dezynfekcji i to samo tyczy się to komory dezynfekcyjnej nie posiadającej funkcji wydruku. Wprowadzenie wymogu aby pralnia wyposażona była w komorę dezynfekcyjną z funkcją wydruku danych oraz obowiązku złożenia opinii sanitarnej stwierdzającą posiadanie w/w komory nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a wręcz jest sprzeczne z interesem Zamawiającego, eliminuje bowiem z przetargu pralnie które nie posiadają komory z wydrukiem danych, a oferują dokonywanie dezynfekcji w nowoczesnych pralnicowirówkach i komorach dezynfekcyjnych nie posiadających funkcji wydruku danych. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wykazał, aby posiadanie komór do dezynfekcji przez wykonawców było niezbędne do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia, co skutkuje wątpliwościami Spółki co do transparentności postępowania, w szczególności zaś w zakresie równego traktowania wykonawców oraz niedyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Hollywood Textile Service sp. z o.o. z siedzibą w Sierpcu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 4 grudnia 2020r. dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W tym samym dniu Zamawiający opublikował powyższą informację na stronie internetowej, co zostało przez Zamawiającego potwierdzone na

posiedzeniu w dniu 15 grudnia 2020r. Zamawiający na posiedzeniu wyjaśnił także, że termin na zaskarżenie powyższej czynności upływał w dniu 14 grudnia 2020r. i w tym terminie nie zostało wniesione żadne odwołanie od wykonawców kwestionujących czynność unieważnienia postępowania.

Izba zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że brak udziału w posiedzeniu z udziałem stron i w rozprawie Odwołującego nie stanowił przeszkody w rozpoznaniu sprawy. Zgodnie z § 21 Rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. Dz. U. z 2018 roku poz. 1092 ze zm.) niestawiennictwo strony prawidłowo zawiadomionej o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Odwołujący o terminie rozprawy został zawiadomiony w dniu 9 grudnia 2020r., co potwierdził przesłaną do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2020r. odpowiedzią podpisaną przez panią Agnieszkę Macek.

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast stosownie do przepisu art. 191 ust. 2 Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Izba, mając na uwadze przywołany przepis art. 192 ust. 2 Pzp, wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem na moment wyrokowania w sprawie. Izba wskazuje, że z informacji uzyskanych od Zamawiającego na rozprawie wynika, że czynność unieważnienia postępowania jest czynnością prawomocną, bowiem termin jej zaskarżenia upływał w dniu 14 grudnia 2020r. i do jego upływu nie wpłynęło żadne odwołanie wykonawców kwestionujących tą czynność. Powyższe oznacza, że w związku z unieważnieniem postępowania sformułowane przez Odwołującego zarzuty naruszenia przepisów prawa wobec określonych postanowień SIWZ, utraciły swój byt. Izba podkreśla, że orzeczenie winno rozstrzygać o zarzutach a także żądaniach kierowanych wobec kwestionowanych czynności. Podkreślenia wymaga, że Izba nie może pominąć w dniu wyrokowania tych czynności, które wydarzyły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia już po wniesieniu odwołania, a które mają znaczenie dla jego prawidłowego rozpoznania i wyrokowania. W tej sprawie, na moment wydania orzeczenia, nie istniało postępowanie, a w związku z tym dokumentacja postępowania, bowiem kwestionowane w odwołaniu czynności polegające na nieprawidłowym sformułowaniu postanowień SIWZ zostały przez Zamawiającego unieważnione wraz z unieważnieniem postępowania. Tym samym, skład orzekający stwierdził, że unieważnienie postępowania czyniło bezprzedmiotowymi wszystkie zarzuty sformułowane wobec postanowień SIWZ.

Sygn. akt KIO 3156/20

Należy również podkreślić, że pomimo żądania Odwołującego zawartego w odwołaniu dotyczącego nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, nie sposób było uznać, że Zamawiający uwzględnił odwołania z dnia 30 listopada 2020r. Wyjaśnić bowiem należy, że Zamawiający takiego oświadczenia w postępowaniu odwoławczym nie złożył, co więcej na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba podkreśla, że rozstrzygnięcie o zarzutach w sytuacji unieważnienia postępowania, nie może wpłynąć w żaden sposób na wynik postępowania – którego to wyniku aktualnie nie ma – bowiem podstawa wniesienia odwołania na dzień wyrokowania nie istnieje, nie istnieje bowiem dokumentacja postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp.

Przewodniczący: