Sygn. akt: KIO 2773/21

WYROK

z dnia 12 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 października 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) „IZAN +" Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków; 2) Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź; adres do korespondencji: ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. Stanisława Rybickiego w Skierniewicach, ul. dr. Stanisława Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice

przy udziale wykonawcy Ever Medical Care Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) „IZAN +" Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków; 2) Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź; adres do korespondencji: ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) „IZAN +" Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków; 2) Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź; adres do korespondencji: ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców Konsorcjum Firm: 1) „IZAN +" Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków; 2) Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź; adres do korespondencji: ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Stanisława Rybickiego w Skierniewicach, ul. dr. Stanisława Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków strony i pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Sygn. akt KIO 2773/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji na: „Wykonanie pomocniczej usługi utrzymania czystości w szpitalu oraz wykonywanie czynności pomocniczych dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. St. Rybickiego w Skierniewicach", znak sprawy: WSZ.DAT.SZP.261.1/ 6/2021, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00060166/01 w dniu 20.05.2021r. przez: Wojewódzki Szpital Zespolony im. Stanisława Rybickiego w Skierniewicach, ul. dr. Stanisława Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 - zwanej dalej: „NPzp").

W dniu 13.09.2021 r. (e-mailem oraz na stronie internetowej Zamawiającego: ) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejsze: Ever Medical Care Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 39, 01-934 Warszawa zwanej dalej: „Ever Medical Care Sp. z o.o." albo „Przystępującym". Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: Konsorcjum Firm: 1) „IZAN +" Sp. z o.o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków; 2) Naprzód Hospital Sp. z o. o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź; adres do korespondencji: ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź zwane dalej: „Konsorcjum IZAN + Naprzód Hospital" albo „Odwołującym".

W dniu 20.09.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum IZAN + Naprzód Hospital wniosła odwołanie na czynności z 13.09.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Stwierdził, że wnosi odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. wybór oferty wykonawcy Ever Medical Care sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na niespełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) NPzp w zw. z art. 116 ust. 1 zd. 1 NPzp w zw. z art. 266 NPzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 NPzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na niespełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności zawodowej, w sytuacji gdy Wykonawca złożył referencje pochodzące od zamawiającego niebędącego szpitalem publicznym. Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy;

b) odrzucenie oferty Wykonawcy;

c) ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wnosił o przeprowadzenie dowodu z informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców dotycząca Nowego Szpitala w Świebodzinie Sp. z o.o. oraz wydruku z Centralnego Rejestru

Beneficjentów Rzeczywistych dotyczącego Nowego Szpitala w Świebodzinie Sp. z o.o. - w celu wykazania faktu bycia przez Nowy Szpital w Świebodzinie sp. z o.o. podmiotem niepublicznym.

W dniu 31.05.2021 r. Zamawiający zmodyfikował Specyfikacje Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SWZ", w ten sposób, że przewidział, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią warunek udziału w zakresie doświadczenia w realizacji usług o charakterze przedmiotu zamówienia. Warunek stawia wymaganie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują przez okres minimum 12 miesięcy co najmniej jedną usługę:

- kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta bądź

- pomocniczą usługę utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta o wartości zamówienia min. 500.000,00 złotych.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany był do złożenia referencji pochodzących od Zamawiających będących szpitalami publicznymi, na rzecz których świadczą w/w usługi.

Wykonawca w zakresie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, polega na potencjale innego podmiotu, tj. Ever Cleaning Sp. z o. o. Jednocześnie Ever Medical Care Sp. z o.o. oświadczył, że podwykonawca wykona 90% przedmiotu zamówienia, a 10 % sam Wykonawca. Wykonawca przedłożył list referencyjny, wystawiony przez Nowy Szpital w Świebodzinie sp. z o.o., potwierdzający, że Ever Cleaning Sp. z o.o. świadczy od 01.01.2018 r. na rzecz Nowego Szpitala w Świebodzinie Sp. z o.o. usługi kompleksowego utrzymania czystości, transportu wewnątrz-szpitalnego oraz prace pomocowe przy pacjentach. W dniu 09.09.2021 r. Wykonawca wyjaśnił, że „Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. jest podmiotem prywatnym odpowiedzialnym za zarządzanie obiektem medycznym realizującym zadania publiczne oraz, że kontrakt ten nie został pozyskany na rynku zamówień publicznych, lecz na zasadach komercyjnych.". W dniu 13.09.2021 r. Zamawiający wybrał ofertę Ever Medical Care Sp. z o.o. jako ofertę najkorzystniejszą.

Wskazał, że list referencyjny został wystawiony przez Zamawiającego niebędącego szpitalem publicznym. Warunki udziału w postępowaniu powinny być rozumiane w sposób literalny. Skoro Zamawiający wymagał doświadczenia uzyskanego u „Zamawiającego będącego szpitalem publicznym", to należy rozumieć ten warunek w ten sposób, że szpital ma być prowadzony przez podmiot publiczny. Treść warunku udziału w postępowaniu wskazuje na to, że znaczenie dla Zamawiającego miał fakt bycia przez zamawiającego wystawiającego referencje podmiotem publicznym. Treść tego warunku nie może być rozumiana w sposób dowolny, bowiem Zamawiający wykluczył z tego postępowania wykonawców, którzy mają doświadczenie w realizacji zamówień na rzecz podmiotów niebędących szpitalami publicznymi. Istnieje duże prawdopodobieństwo, że z udziału w postępowaniu zrezygnowały podmioty, które mają doświadczenie w realizacji usługi na rzecz zamawiających będących szpitalami niepublicznymi, tj. takich które nie mają związków ze sferą publiczną. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy, który, jak sam wskazuje, dysponuje doświadczeniem w realizacji usługi na rzecz podmiotu prywatnego, a umowa z tym podmiotem została zawarta na zasadach komercyjnych, jest nieuczciwe w stosunku do innych podmiotów. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego, jest zbieżne z poniżej prezentowanym stanowiskiem KIO:

Zwrócić należy również same warunki udziału w postępowaniu, z uwagi na to, że konieczność ich spełnienia ogranicza wykonawcom dostęp do zamówienia, muszą być rozumiane w sposób ścisły i nie może mieć do nich zastosowania wykładnia rozszerzająca (vide: wyrok z 13.07.2020 r., KIO 2346/29).

Warunki nie podlegają ocenie w odniesieniu do intencji zamawiającego, lecz oceniane musi podlegać wskazane doświadczenie w odniesieniu do wskazanego w SIWZ warunku. Niedopuszczalnym jest na etapie prowadzenia oceny ofert dokonywanie wykładni rozszerzającej postawionych warunków udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Warunki muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania, jakichkolwiek wykładni warunków, należy bowiem pamiętać, że ocena wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu determinuje udział danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz ma wpływa na innych wykonawców biorących udział w postępowaniu (vide: wyrok KIO z 23.01.2020 r., KIO 42/20).

Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak

również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców (vide:

wyrok KIO z 21.10.2020 r. KIO 2346/29).

Zamawiający, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Wykonawcy z 09.09.2021 r., winien odrzucić ofertę Wykonawcy, z uwagi na niespełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca w wyjaśnieniach z 09.09.2021 r. poinformował, że: „Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. jest podmiotem prywatnym odpowiedzialnym za zarządzanie obiektem medycznym realizującym zadania publiczne oraz, że kontrakt ten nie został pozyskany na rynku zamówień publicznych, lecz na zasadach komercyjnych."

Nie powinno budzić za wątpliwości, że Nowy Szpital w Świebodzinie nie jest podmiotem publicznym. Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. nie jest jednostką sektora finansów publicznych, ani inną państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Jedynym wspólnikiem w tym podmiocie jest Grupa Nowy Szpital Holding Spółka Akcyjna, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000568640. Beneficjentami rzeczywistymi są Nowego Szpitala w Świebodzinie sp. z o.o. są osoby fizyczne: M.S. oraz A.R. Tym samym nie są spełnione przesłanki określone powyżej w pkt 3 lit. b, c, d).

Nowy Szpital w Świebodzinie sp. z o.o. sam identyfikuje się jako szpital prywatny, bowiem należy do Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Szpitali Niepublicznych (zgodnie z wykazem zawartym na stronie - [data dostępu: 20.09.2021 r.]).

Nie ma zatem racji Wykonawca wskazując, że „referencja (...) pochodzi od podmiotu zarządzającego szpitalem publicznym, tj. takim, którego „podstawową działalnością jest zapewnianie opieki medycznej pacjentom, których leczenie finansowane jest ze środków publicznych w ramach powszechnego ubezpieczenie zdrowotnego"".

Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu położył nacisk nie na realizację zadań, ale na sam fakt bycia podmiotem publicznym. Gdyby dla Zamawiającego było irrelewantne to, czy podmiot jest publiczny, czy prywatny, to by tak sformułował warunek, aby wprost z niego wynikało, że dopuszczalne jest wystawienie referencji zarówno przez podmiot publiczny, jak i prywatny.

Co więcej umowa pomiędzy Nowym Szpitalem w Świebodzinie Sp. z o.o. a Ever Cleaning Sp. z o.o. została zawarta na zasadach komercyjnych, to Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. nie jest zamawiającym publicznym w rozumieniu art. 4 NPzp. Istotą określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu była realizacja zamówienia na rzecz „zamawiającego będącego szpitalem publicznym". Nacisk w tym warunku został położony na fakt „bycia" przez zamawiającego określonym podmiotem (szpitalem publicznym), a nie na fakt realizacji określonych zadań (zadań publicznych).

Skoro Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. nie był zobowiązany do zawarcia umowy w drodze udzielenia zamówienia publicznego, to nie można przypisać mu statusu „zamawiającego publicznego".

Również obecnie Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. nie stosuje przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. nie posiada własnej strony internetowej, posługuje się stroną internetową prowadzoną przez Grupę Nowy Szpital Holding S.A. pod adresem: . Na stronie tej znajdują się informacje dotyczące Nowego Szpitala w Świebodzinie sp. z o.o. (dane adresowe). W zakładce „Przetargi" opublikowane są zamówienia udzielane również dla Nowego Szpitala w Świebodzinie Sp. z o.o. w latach 20192021. Zostały zamieszczone tam jedynie zamówienia udzielone w trybie przepisów art. 701 - art. 705 Kodeksu cywilnego.

Na ww. stronie internetowej brak jest odniesienia do Biuletynu Zamówień Publicznych. W Biuletynie Zamówień Publicznych brak jest jakichkolwiek ogłoszeń Nowego Szpitala w Świebodzinie sp. z o.o., czy Grupy Nowy Szpital Holding S.A. Skoro Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. nie udziela zamówień w trybach określonych w zamówieniach publicznych, to referencje wystawione przez ten podmiot nie spełniały warunku postawionego przez Zamawiającego. Na marginesie należy dodać, że istotne jest rozróżnienie pomiędzy szpitalami publicznymi a prywatnymi, ponieważ w przypadku szpitali prywatnych utrudniony jest dostęp do dokumentacji źródłowej, ponieważ takie podmioty często odmawiają dostępu do informacji, zasłaniając się poufnością stosunków handlowych.

Na koniec podniósł, że Ever Medical Care Sp. z o.o. nie podjął, żadnych starań co do tego aby uzyskać potwierdzenie, że warunek udziału w postępowaniu może zostać spełniony poprzez przedstawienie referencji pochodzących od szpitala prywatnego (niepubliczbnego). Wykonawca ten nie zadał pytań, nie wniósł odwołania na treść SWZ. Wykonawca, który nie próbował rozwiać swoich wątpliwości nie może być preferowany kosztem innych wykonawców, którzy ich nie mieli lub zadali sobie trud, aby prawidłowo odczytać intencje

zamawiającego. Wykonawca, który po stwierdzeniu, że jakieś postanowienie może być różnie interpretowane - co nigdy nie jest pożądane, ani dla warunków udziału w postępowaniu, ani dla opisu przedmiotu zamówienia, ani dla warunków umowy - i nie korzysta z możliwości usunięcia takiej niejednoznaczności, nie może być uznany za działającego w dobrej wierze, a jego interes w uzyskaniu zamówienia kosztem innych wykonawców nie zasługuje na ochronę. (vide: wyrok KIO z 21.05.2021 r, KIO 999/21).

Zamawiający w dniu 21.09.2021 r. (e-mailem oraz na stronie internetowej Zamawiającego: )
wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22.09.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Ever Medical Care 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.

W dniu 24.09.2021 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w dniu 13.09.2021 wybrał ofertę Ever Medical Care sp. z o.o. jako najkorzystniejszą pomimo tego, że referencje, które Wykonawca złożył w postępowaniu w nie wykazują zdaniem Odwołującego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej z tego względu, że zostały wystawione przez podmiot prywatny (Nowy Szpital w Świebodzinie sp. z o.o.), a nie przez „szpital publiczny". Warunek udziału w postępowaniu, wprowadzony do SWZ niniejszego postępowania w dniu 31.05.2021 r., został sformułowany następująco: „Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał lub wykonuje przez okres minimum 12 miesięcy co najmniej jedną usługę:

- kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta bądź

- pomocniczą usługę utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta o wartości zamówienia min. 500.000, 00 złotych".

Zamawiający zastrzegł ponadto w SWZ, że: „Na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany będzie do złożenia referencji pochodzących od Zamawiających będących szpitalami publicznymi, na rzecz których świadczą w/w usługi". Żaden z wykonawców nie zadawał w postępowaniu pytań, dotyczących językowego sformułowania powyższego warunku, ani też nie zostało złożone odwołanie na treść SWZ po modyfikacji. Zamawiający pozostawał zatem w mylnym przeświadczeniu, że warunek sformułowany został prawidłowo i jednoznacznie. Po przeanalizowaniu argumentacji Wykonawcy Ever Medical Care sp. z o.o., który złożył referencje wystawione przez spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o.) prowadzącą szpital, w ramach którego udziela świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, Zamawiający doszedł do wniosku, że

SWZ w zakresie dotyczącym w/w warunku udziału w postępowaniu został sformułowany niejednoznacznie, co nakazuje Zamawiającemu interpretować wszelkie niejednoznaczności na korzyść Wykonawcy, jeśli jego interpretacja była uprawniona (racjonalna, logiczna). Niejednoznaczność wynika z następujących okoliczności:

Po pierwsze, sformułowanie „szpital publiczny" jest sformułowaniem potocznym, nie występuje w żadnym przepisie, w szczególności nie występuje w ustawie z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (Dz.U. 2021 poz. 711 tj. ze zm., dalej: „u.dz.l."). Samo pojęcie „szpital" ustawa ta zastrzega nie dla podmiotu występującego w obrocie prawnym i prowadzącego działalność leczniczą (który określony został mianem „podmiotu leczniczego"), lecz dla określenia zakładu leczniczego, w którym udzielane są świadczenia szpitalne (por. art. 2 ust. 1 pkt. 9 u.dz.l.), zaś dla określenia działalności leczniczej prowadzonej nie dla zysku - przez samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, instytuty, kościoły, fundacje i inne podmioty wymienione w art. 4 ust. 1 pkt. 2-7 u.dz.l., ustawodawca posłużył się zbiorczym terminem „podmiotu leczniczego niebędącego przedsiębiorcą". Z kolei ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zakreślając granice podmiotowe ustawy stanowi, że przepisy ustawy stosuje się do „zamawiających publicznych", którymi są:

1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia

2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305) (między innymi samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej - przyp. Zamawiającego)

2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;

3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

a) finansują je w ponad 50% lub

b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub

c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub

d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego; 4)związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 lub 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3.

Po trzecie wreszcie, w samej ustawie z 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych akcent położony jest nie na formalny status prawny podmiotu, który udziela świadczeń zdrowotnych, lecz na stronę przedmiotową — czyli na fakt, że świadczenia zdrowotne są finansowane ze środków publicznych.

Świadczeniodawcą zaś w rozumieniu ustawy o ś.o.z.f.p., czyli takim podmiotem, który potencjalnie może udzielać świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, może zaś być zgodnie z art. 4 pkt. 41 tej ustawy szeroki krąg podmiotów, w tym każdy podmiot wykonujący działalność leczniczą w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej. również przedsiębiorca.

Pojęcie „szpital publiczny” użyte SWZ może zatem być rozumiane w trzech

znaczeniach:

a) jako szpital prowadzony przez zamawiającego publicznego (i to miał na względzie Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu)

b) jako „podmiot leczniczy niebędący przedsiębiorcą”, pojęcie szersze, niż zakres określony w lit. a), bo obejmujący również np. szpitale prowadzone przez kościelne osoby prawne,

fundacje i stowarzyszenia;

c) jako szpital w którym udzielane są świadczenia zdrowotne finansowane ze środków publicznych prowadzony przez świadczeniodawcę - i to jest pojęcie najszersze, bowiem świadczeniodawcą może być również przedsiębiorca.

Niejednoznaczne może być również samo pojęcie „zamawiający" bowiem funkcjonuje ono zarówno w kontekście cywilnej umowy o dzieło (art. 627 i nast. k.c.), potocznie w umowach jako „dający zlecenie” lub „usługobiorca” (często zresztą mylone są umowy o dzieło i umowy o świadczenie usług podobne do zlecenia) oraz oczywiście na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zdał sobie sprawę z powyższego niestety dopiero po zapoznaniu się z argumentacją Wykonawcy. Zamawiający, po wyroku KIO z dnia 03.08.2021 wydanym w sprawie KIO 1949/21 wezwał Wykonawcę do złożenia prawidłowych referencji, w odpowiedzi na co Wykonawca złożył po raz kolejny referencje wystawione przez Nowy Szpital w Świebodzinie sp. z o.o. (doprecyzowane o tyle, że wskazywały tym razem na wartość zrealizowanych usług przekraczającą oczekiwane przez Zamawiającego 500.000,00 złotych), argumentując przy tym, że wystawca referencji, w oparciu o które Wykonawca dokumentował spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jest podmiotem leczniczym udzielającym świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych. Wykonawca załączył na poparcie powyższego stosowne dokumenty, potwierdzające włączenie od jesieni 2017 roku wystawcy referencji do sieci podstawowego szpitalnego zabezpieczenia. Włączenie do sieci podstawowego szpitalnego zabezpieczenia następowało w 2017 roku w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie określenia szczegółowych kryteriów kwalifikacji świadczeniodawców do poszczególnych poziomów systemu podstawowego szpitalnego zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej z dnia 13 czerwca 2017 r. (Dz.U. 2017 poz. 1163), które zostało wydane z delegacji art. 95m ust. 12 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie zaś z art. 95m ust. 1 ustawy, świadczeniodawcę kwalifikuje się do systemu zabezpieczenia na

okres 4 lat, w zakresie dotyczącym zakładu leczniczego w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej(np. szpitala - art. 2 ust. 1 pkt. 9 u.dz.l.), prowadzonego na terenie danego województwa. Wykonawca udowodnił zatem, że referencje pochodzą od podmiotu, który udzielał świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych przez cały okres. przez jaki świadczona jest/była przez podmiot Ever Cleaning sp. z o.o. (na którego zasobach Wykonawca się opiera) usługa kompleksowego utrzymania czystości, transportu wewnątrzszpitalnego oraz prace pomocnicze przy pacjentach. Zamawiający wziął ponadto pod uwagę, że w treści samego warunku w ogóle nie wskazywał na rodzaj (formę prawną) kontrahentów usługi utrzymania czystości, wskazując jedynie, że chodzi o „usługę
• kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta bądź

• pomocniczą usługę utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta o wartości zamówienia min. 500.000,00 złotych". Szpitalem w rozumieniu przepisów u.dz.l. jest natomiast, jak już wskazano powyżej, każdy zakład leczniczy w którym udzielane są świadczenia zdrowotne szpitalne, niezależnie od tego czy dany szpital prowadzi podmiot leczniczy będący zamawiającym publicznym, czy też nie (por. art. 2 ust l 1 pkt. 9 u.dz.l.).

Dopiero przy opisie dokumentów, które Wykonawcy winni złożyć na wykazanie w/w warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający użył sformułowania „Zamawiający będący szpitalem publicznym". Oczywiście, w ocenie Zamawiającego należało to interpretować łącznie z samą treścią warunku, niemniej była to kolejna niejednoznaczność. Ostatecznie zatem Zamawiający, zapoznawszy się z w/w referencjami z 25.08.2021 oraz z wyjaśnieniami Wykonawcy złożonymi 09.09.2021 w odpowiedzi na wezwanie wystosowane do Wykonawcy w oparciu o art. 128 ust. 4 NPzp, doszedł do wniosku, że powinien zaakceptować te referencje jako „wystawione przez zamawiającego będącego szpitalem publicznym”. Zamawiający wziął pod uwagę utrwaloną linię orzeczniczą, zgodnie z którą niejednoznaczne sformułowania SWZ należy tłumaczyć na korzyść Wykonawcy, jeżeli wątpliwości interpretacyjne są uzasadnione (np. wyrok KIO z 14.08.2019 r. KIO 1463/19, wyrok SO w Nowym Sączu z 18.03.2015. r., sygn. akt: III Ca 70/15: „Jak już wyżej podano, zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji czy intencji (wyrok KIO z 20 lutego 2009 r., KIO/UZP 148/08, wyrok ZA UZP z 31 marca 2006 r., UZPZO/O - 896, LEX Polonica nr 1898040, wyrok KIO z 28 stycznia 2009 r., KIO/UZP 67/09, LEX Polonica nr 2058113, Komentarz do ustawy P.z.p. - Stefan Babiarz i inni wyd. LexisNexis Wydanie 2 Wielkie Komentarze str.294 - 295)”.). Zdaniem Zamawiającego, wątpliwości interpretacyjne Wykonawcy, dotyczące terminu „zamawiający będący szpitalem publicznym” były uzasadnione. W zasadzie każde ze słów składające się na to sformułowanie podlegać może uprawnionej interpretacji, która będzie odmienna od intencji Zamawiającego (a intencją to było przedstawienie referencji od zamawiającego publicznego będącego podmiotem leczniczym prowadzącym szpital - tak powinien zostać doprecyzowany warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego).

W dniu 12.10.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Ever Medical Care Sp. z o.o. przedstawił swoje stanowisko pisemne.

Warunek udziału w postępowaniu. Analizując dokumenty zamówienia wskazał, że w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, Zamawiający wskazał jedynie na jeden warunek. Każdy wykonawca musiał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje przez okres minimum 12 miesięcy co najmniej jedną usługę:

• kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta bądź

• pomocniczą usługę utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta o wartości zamówienia min. 500.000,00 złotych. Należy w kontekście treści odwołania jednoznacznie wskazać, że tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu w żadnym, nawet najmniejszym stopniu, nie wiązał się z koniecznością realizacji usług, o których mowa powyżej na rzecz „szpitala publicznego” - jakkolwiek by nie rozumieć tego pojęcia. Jeżeli celem Zamawiającego byłoby badanie doświadczenia wykonawców w realizacji usług na rzecz konkretnej kategorii szpitali, to winien był wskazać taki wymóg właśnie w treści cytowanego warunku udziału w postępowaniu. Próżno jednak

szukać w SWZ czy ogłoszeniu takiego zapisu. Literalna wykładnia dokumentów zamówienia, której sam Odwołujący nadaje w treści odwołania szczególna wagę, jasno wskazuje, że Zamawiający w obszarze zdolności zawodowej oferentów zainteresowany był sferą przedmiotową, nie zaś podmiotową doświadczenia wykonawców. Mówiąc wprost: interesowało go to, jakie usługi wykonawca świadczył, nie zaś to, kto było odbiorcą tych usług.

Sposób wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z dokumentami zamówienia, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązany byli do złożenia referencji pochodzących od Zamawiających będących szpitalami publicznymi, na rzecz których świadczą/świadczyli ww. usługi. Przed skupieniem się na treści przytoczonego zapisu SWZ jednoznacznie należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu nie są tożsame z kwestią sposobu wykazania ich spełnienia. Innymi słowy, z fragmentów SWZ dotyczących tego, jakie dokumenty składa wykonawca nie należy odczytywać warunków udziału w postępowaniu. To bowiem warunki, nie zaś zakres wymaganej od oferentów dokumentacji zakreślają krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne. Podjęta przez Odwołującego próba połączenia tych dwóch odrębnych kwestii na potrzeby stworzenia korzystnej dla siebie interpretacji SWZ jest całkowicie nieuprawniona. Odnosząc się jednak z pewnej ostrożności procesowej do kwestii wymogu przedstawienia referencji „pochodzących od zamawiających będących szpitalami publicznymi", należy wskazać, że zwrot ten nie nosi cech niejednoznaczności, a Odwołujący dokonuje jego błędnej interpretacji. Kwestia statusu podmiotowego wystawcy referencji Przystępującego była przedmiotem wyjaśnień w postępowaniu - zainicjowanej przez Zamawiającego wskutek działań Odwołującego. Przystępujący precyzyjnie wyjaśnił przedmiotowy temat w sposób nie budzący wątpliwości, że przedłożone Zamawiającemu referencje w pełni potwierdzają spełnianie postawionego warunku. Warto w tym miejscu raz jeszcze przytoczyć kluczowe fakty: Po pierwsze, żaden przepis prawa nie definiuje wprost pojęcia „szpitala publicznego". Najbardziej odpowiednim miejscem do poszukiwania wskazówek jak taki termin rozumieć jest ustawa o działalności leczniczej (tj. z dnia 16 marca 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 711)). Wskazany akt prawny definiuje szpital jako „zakład leczniczy, w którym podmiot leczniczy wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczenia szpitalne". Z kolei zakład leczniczy rozumiany jest jako „zespół składników majątkowych, za pomocą którego podmiot leczniczy wykonuje określony rodzaj działalności leczniczej" (por. art. 2 ust. 1 pkt 9 i 14 ustawy o działalności leczniczej). Przytoczone przepisy wskazują zatem jednoznacznie, że „szpital" nie jest w ogóle pojęciem odnoszącym się do kwestii podmiotowości. Nie ma on żadnej zdolności prawnej, jest wyłącznie „zakładem" podmiotu leczniczego, a więc jedynie zespołem składników majątkowych. Co za tym idzie - szpital jako taki nie może być w ogóle odbiorcą usług, a patrząc dalej - wystawcą jakichkolwiek referencji. Taka prawna definicja szpitala odniesiona bezpośrednio do warunku udziału w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie jasno wskazuje, że publiczność/niepubliczność placówki badana przez Zamawiającego odnoszona być powinna nie do statusu podmiotu, który placówkę leczniczą prowadzi, a do charakteru działania samej placówki. Myli się zatem Odwołujący wskazując, że referencje pochodzić powinny wyłącznie od podmiotu publicznego prowadzącego szpital, a rację ma Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazując, że omawiany warunek udziału i sposób oceny jego spełniania koncentrują się na sferze przedmiotowej, nie zaś podmiotowej działania szpitala. Po drugie, słusznie wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (w ślad za analogicznym stanowiskiem Przystępującego wyrażonym w wyjaśnieniach), że szpital prowadzony może być przez różne podmioty: np. samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotne, instytuty, fundacje, kościoły czy też przez przedsiębiorców. Słusznie też Zamawiający zauważa, że każdy z podmiotów prowadzących szpital może w ramach jego działalności świadczyć usługi szpitalne finansowane ze środków publicznych. Wskazuje na to chociażby Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1285 (popularna „ustawa o sieci szpitali") definiując w art. 5 pkt 41 „świadczeniodawcę" bardzo szeroko czy też wskazane w odpowiedzi na odwołanie rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie określenia szczegółowych kryteriów kwalifikacji świadczeniodawców do poszczególnych poziomów systemu podstawowego szpitalnego zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej z dn. 13.06.2017 r. (Dz. U. 2017 poz. 1163). Podstawową funkcją obowiązującego aktualnie modelu zapewnienia publicznej opieki zdrowotnej jest zagwarantowanie ubezpieczonemu pacjentowi łatwego dostępu do świadczeń medycznych bez konieczności weryfikacji przez niego statusu podmiotu prowadzącego szpital. Znaczenie w tym kontekście ma bowiem nie to kto szpital prowadzi, a to czy świadczenia medyczne są świadczeniami finansowanym przez państwo czy też świadczeniami prywatnymi.
W kontekście powyższego, nie ulega wątpliwości, że jedyne poprawne rozumienie pojęcia „szpital publiczny" użytego w dokumentach zamówienia nakazuje sądzić, że sporne w niniejszej sprawie referencje powinny zostać wystawione przez podmiot leczniczy realizujący świadczenia szpitalne finansowane ze środków publicznych (niezależnie od tego jaka jest forma działania takiego podmiotu leczniczego). Takim właśnie podmiotem jest Nowy Szpital w Świebodzinie, którego referencjami posłużył się Przystępujący. Po trzecie, inny niż wskazany powyżej sposób rozumienia użytego w SWZ zwrotu „szpital publiczny" nie byłby do pogodzenia z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych naruszając

w szczególności zasadę uczciwej konkurencji. Jakie bowiem argumenty stałyby za forsowaną przez Odwołującego wersją wedle której wystawcą referencji musiałby być podmiot publiczny w sytuacji w której szpital publiczny może być prowadzony także przez przedsiębiorcę? Jakie dodatkowe korzyści zyskałby Zamawiający na współpracy z wykonawcą, który świadczył usługi sprzątania w szpitalu publicznym działającym w formie

SPZOZ w porównaniu z wykonawcą, który świadczył te same usługi również w szpitalu publicznym, ale prowadzonym w formie spółki prawa handlowego?

Analogicznie - jaka jest dodatkowa korzyść dla Zamawiającego w przypadku gdy organem prowadzącym szpital publiczny wystawiającym referencje będzie np. powiat w porównaniu z sytuacją gdy taki publiczny szpital prowadzi fundacja czy przedsiębiorca w ramach tzw. sieci szpitali publicznych. Powyższe pytania są retoryczne. Dopuszczalność prezentowanej przez Odwołującego interpretacji skutkowałaby bezprawnym wyłączeniem z kręgu wykonawców tych, którzy mają wymagane doświadczenie w realizacji konkretnych usług, ale nie mogą złożyć oferty z uwagi na rzekomo niewłaściwy status podmiotowy wystawcy referencji. Taki scenariusz byłby absurdem.

Warto w ramach uzupełnienia argumentacji, raz jeszcze przytoczyć fragment wyjaśnień Przystępującego poczynionych w toku postępowania: „(...) nie sposób rozumieć pojęcia „szpitala publicznego" wyłącznie jako samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Działalność lecznicza finansowana ze środków publicznych może być bowiem wykonywana także w innych formach niż SPZOZ (np. jako przedsiębiorca czy instytut badawczy - por. art. 4 ustawy o działalności leczniczej). Wskazane zawężenie form działalności bezzasadnie eliminowałoby doświadczenie zdobyte w innych typach podmiotów leczniczych świadczących bezpłatną opiekę zdrowotną. Nie sposób także pod pojęciem „szpitala publicznego" rozumieć wymogu posiadania przez podmiot leczniczy „publicznej" struktury własnościowej (np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdzie wyłącznym udziałowcem jest jednostka samorządu terytorialnego). Takie zawężenie zdobywanego doświadczenia również nie może być akceptowane. Podmioty o wskazanej charakterystyce wcale bowiem nie muszą realizować tylko publicznej opieki zdrowotnej, a struktura własnościowa wystawcy referencji jako taka nie ma żadnego znaczenia w kontekście doświadczenia wykonawcy. Potwierdza to chociażby oficjalne stanowisko władz publicznych prezentowane na stronie: : „Jeśli jesteś ubezpieczony, możesz korzystać z bezpłatnej opieki zdrowotnej w tych przychodniach, gabinetach i szpitalach, które mają podpisany kontrakt z Narodowym Funduszem Zdrowia. Można je łatwo rozpoznać, ponieważ powinny być oznaczone widoczną tablicą z logo NFZ. Nie ma wówczas znaczenia, czy dana placówka jest publiczna w tym sensie, że należy na przykład do powiatu, gminy czy województwa, czy jest całkowicie prywatna i należy do prywatnego właściciela - jednej osoby, kilku osób czy spółki — w zakresie podpisanego kontraktu z NFZ diagnostyka i leczenie są w niej dla pacjenta ubezpieczonego bezpłatne".

Uwagi dodatkowe. Odnosząc się na koniec do wybranych fragmentów odwołania, Przystępujący wskazuje dodatkowo, że:

- Niezrozumiałe są tezy Odwołującego, jakoby „Nowy Szpital w Świebodzinie sp. z o.o. sam identyfikuje się jako szpital prywatny, bowiem należy do Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Szpitali Niepublicznych (zgodnie z wykazem zawartym na stronie - [data dostępu: 20.09.2021 r.])". Nowy Szpital w Świebodzinie - będąc spółką prawa handlowego - może również prowadzić działalność polegającą na prowadzeniu placówek leczniczych prywatnych, świadczących usługi nie finansowane ze świadczeń publicznych. Tym samym, spółka może być zainteresowana przynależnością do organizacji zrzeszającej podmioty prowadzące takie placówki. Jest to kwestia irrelewantna dla oceny wątków, których dotyczy spór przed Krajową izbą Odwoławczą.

- Niezrozumiały jest również zarzut, „że Ever Medical Care Sp. z o.o. nie podjął, żadnych starań co do tego aby uzyskać potwierdzenie, że warunek udziału w postępowaniu może zostać spełniony poprzez przedstawienie referencji pochodzących od szpitala prywatnego (niepublicznego)". Jak wskazano powyżej, kwestia interpretacji zapisów SWZ powinna przede wszystkim prowadzić do wniosków dających się pogodzić z Pzp. Tylko jeden sposób rozumienia pojęcia „szpital publiczny" ma w kontekście brzmienia SWZ taką cechę. Stąd też Przystępujący nie miał wątpliwości co do brzmienia SWZ i nie formułował wniosków o jej wyjaśnienie. Ponadto, z faktu aktywności bądź braku aktywności wykonawców w zakresie pytań do SWZ nie wolno wyprowadzać wniosków o jakichkolwiek negatywnych dla oferentów konsekwencjach proceduralnych. To bowiem zamawiający, a nie wykonawcy odpowiadają za zgodną z przepisami Pzp, jasną, klarowną redakcję warunków udziału w postępowaniu.

Ewentualne wątpliwości na korzyść wykonawców. Choć zdaniem Przystępującego, w niniejszej sprawie nie występują wątpliwości interpretacyjne, to nawet gdyby hipotetycznie przyjąć niejednoznaczność zapisu o statusie podmiotowym wystawcy referencji, to i tak

uznać należy działania Zamawiającego za zgodne z Pzp. W ślad za utrwalonym orzecznictwem KIO, wszelkie kwestie wątpliwe powinny być interpretowane tak, aby oferta wykonawcy pozostała w postępowaniu, a on sam nie podlegał wykluczeniu. Za takim podejściem przemawiają choćby następujące orzeczenia:

• Wyrok Sądu Najwyższego SN, z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18: „Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji".

• Uchwała KIO z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17: „(...) reguła ta wynika z prawniczej paremii in dubio contra proferentem znaczącej w języku polskim „wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi".

• Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie, sygn. akt VIII Ga 102/18: „Wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących

w tej dokumentacji luk [por. postanowienie (...) z 13.07.2017 r. w sprawie C35/17, (...) sp.

z o.o. i (...) sp. z o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w P. ;

wyrok (...) z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. (...) S. ; wyrok (...) z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, (...) A. Dariusz v. Z. (...) , Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok (...) z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów]".

• Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17: „Wskazać trzeba, że w nauce prawa, a także w orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko zgodnie z którym zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty (zob. A. Bazan Prawo zamówień publicznych Komentarz, komentarz do art, 89, LEX 2015)".

Odrzucenie oferty - a w ocenie Sądu także wykluczenie wykonawcy skutkujące uznaniem takiej oferty za odrzuconą - może zatem nastąpić tylko wówczas gdy niezgodność z treścią SIWZ będzie niewątpliwa. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów o zamówieniach publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu (S. Babiarz Prawo zamówień publicznych Komentarz, komentarz do art. 89, LEX 2015 Prawo zamówień publicznych Komentarz, wyd. III komentarz do art. 89, LexisNexis 2013);

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, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ po zmianie z 31.05. 2021 r., oferty Przystępującego, zobowiązania podmioty trzeciego, wezwania w trybie art. 274 ust. 1 NPzp z 17.06.2021 r., złożonego w odpowiedzi wykazu usług z 21.06.2021 r. oraz referencji z 09.06.2021 r., wezwania w trybie art. 128 ust. 1 NPzp z 23.08.2021 r., odpowiedzi z 27.08.2021 r. wraz z załącznikami, tj. zaktualizowanego listu referencyjnego z 25.08.2021 r., wykazu świadczeniodawców zakwalifikowanych do poszczególnych poziomów systemu podstawowego szpitalnego zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej na terenie województwa lubuskiego, jak i sprawozdanie zarządu z działalności Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. za rok obrotowy 2019, wezwania w trybie art. 128 ust. 4 NPzp

z 06.09.2021 r., odpowiedzi z 09.09.2021 r. oraz informacji o wyborze oferty

najkorzystniejszej z 13.09.2021 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania:

1) informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców dotycząca Nowego Szpitala w Świebodzinie Sp. z o.o.,

2) wydruk z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych dotyczący Nowego Szpitala w Świebodzinie Sp. z o.o.,

3) wydruk ogłoszenia zamówienia prowadzonego przez Szpital Wojewódzki im. św. Łukasza SP ZOZ w Tarnowie pn.15N-Pełnienie Nadzoru Inwestorskiego dla zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa i przebudowa Ośrodka Leczącego Osoby Uzależnione w Tarnowie zgodnie z dokumentacją projektową, przedmiarem robot oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robot budowlany.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające także z odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska pisemnego Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

• art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) NPzp w zw. z art. 116 ust. 1 zd. 1 NPzp w zw. z art. 266 NPzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 NPzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na niespełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności zawodowej, w sytuacji gdy Wykonawca złożył referencje pochodzące od Zamawiającego niebędącego szpitalem publicznym.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, w szczególności postanowienia SWZ z Rozdz. XI ust. 1 pkt. 4. Jednocześnie, Izba wskazuje, że Zamawiający wezwał Przystępującego w dniu 23.08.2021 r. do: „(...) uzupełnienia i złożenia (...) prawidłowego podmiotowego środka dowodowego na wykazanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt. XI. 1.4) SWZ, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał lub wykonuje przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej jedną usługę kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta bądź pomocniczą usługę utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta o wartości min. 500.000,00 złotych. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Wykonawca zobowiązany jest złożyć referencje pochodzące od Zamawiających będących szpitalami publicznymi na rzecz których świadczą w/w usługi.

Zamawiający wskazuje, że złożony w postępowaniu list referencyjny pochodzący od Nowego Szpitala w Świebodzinie, datowany na dzień 9 czerwca 2021: (a) nie wskazuje wartości zamówienia, na podstawie którego podmiot udostępniający zasoby udostępnia Państwu swoje zdolności techniczne i zawodowe przypominamy, że wartość zamówienia musi wynosić co najmniej 500.000,00 złotych zaś sam fakt złożenia przez Wykonawcę wykazu usług ze wskazaniem „wartość usługi powyżej 600.000,00 złotych" nie jest tożsamy z potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu wymaganym przez Zamawiającego, którym ma być stosowne oświadczenie pochodzące od podmiotu udostępniającego dany zasób (referencje), a nie od Wykonawcy; (b) z referencji nie wynika, czy wystawiający referencje jest Zamawiającym będącym szpitalem publicznym (referencje nie wskazują nawet formy prawnej, w jakiej działa wystawiający — np. spzoz., sp.z.o.o. ani nie wskazuje jakichkolwiek dokładnych danych rejestrowych, umożliwiających sprawdzenie

podmiotu w publicznych ogólnodostępnych rejestrach) — zgodnie z SWZ Wykonawca zobowiązany jest złożyć referencje pochodzące od Zamawiających będących szpitalami publicznymi — okoliczność ta winna niezbicie wynikać z wystawionych referencji.

Zamawiający wzywa także do złożenia oświadczenia, o którym mowa w § 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz.2415), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych w SWZ przez zamawiającego, co do których dopuszczalne jest złożenie w/w oświadczenia zamiast odpowiedniego podmiotowego środka dowodowego, określonego w § 2 ust. 1 pkt. 1,2 lub 4-6 w/w rozporządzenia. (...)".

W odpowiedzi Przystępujący pismem z 27.08.20201 r. stwierdził: „(...) W pierwszym punkcie wezwania Zamawiający wskazuje, że list referencyjny złożony przez Wykonawcę nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu tj. wartości wykonanej usługi, która musi wynosić co najmniej 500 000 zł.

Wykonawca wskazuje, że Zamawiający sprawdzając i analizując dokumenty złożone przez Wykonawcę w postaci referencji oraz wykazu usług, musi je analizować łącznie, a nie tak jak to obecnie czyni rozpatrując te dokumenty rozłącznie. Zgodnie z treścią paragrafu 9 ust. 1 ppkt 2) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający od Wykonawców może żądać wykazu usług w którym będą podane „wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane..." Przytoczony cytat jasno wskazuje, że referencje składane przez Wykonawcę mają za zadanie potwierdzić, czy usługi, których wykonaniem legitymuje się Wykonawca zostały zrealizowane w sposób należyty. Powyższe znajduje uzasadnienie w wyroku KIO1498/18 gdzie Izba również podzieliła powyższą interpretację: „Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia." Dodatkowo w wyroku KIO 2145/16, Izba zaznaczyła, że: „Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postepowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, ze treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który te referencje, bądź inny dokument wystawia."

Kolejny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o syg. Akt KIO 2038/18 w sposób bezsporny i wyczerpujący potwierdza stanowisko Wykonawcy - to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia."

Jednocześnie należy podkreślić, że ustawodawca w żadnym z dokumentów nie wskazał jakie dane powinny znajdować się w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usługi tj. np. w referencjach, a Zamawiający w żaden sposób nie może wpływać na treść sformułowań zawartych w referencjach (co obecnie próbuje wymusić na Wykonawcy). Zgodnie z wyrokiem KIO1498/18 takie działanie Zamawiającego jest „błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powielała wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej."

Zgodnie z powyższą argumentacją Wykonawca chciałby potwierdzić, że wszystkie informacje zawarte w Wykazie usług są zgodne z prawdą i potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj.: posiadanie doświadczenia (udostępnionego przez

podmiot trzeci) w zakresie realizacji kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta realizowana przez okres minimum 12 miesięcy oraz o wartości minimum 500 000 zł. Natomiast złożona referencja potwierdza, że usługi te są realizowane w sposób należyty. Z ostrożności procesowej Wykonawca do niniejszych wyjaśnień załącza zaktualizowany list referencyjny o dane wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu.

W drugim punkcie wezwania Zamawiający zarzuca Wykonawcy, że ten złożył referencje, które nie potwierdzają czy podmiot wystawiający referencję jest podmiotem publicznym oraz, że nie wskazano w tym dokumencie jakichkolwiek danych rejestrowych Szpitala w Świebodzinie. W ocenie Wykonawcy treść tego wezwania również przekracza uprawnienia Zamawiającego co zostało wskazane w wyrokach KIO 2145/16 oraz KIO 1498/18, których treść jest przywołana powyżej.

Dodatkowo w tym punkcie należy zwrócić szczególną uwagę na żądanie stawiane przez Zamawiającego odnośnie złożenia referencji pochodzących od szpitali publicznych. Biorąc pod uwagę zmodyfikowaną treść SWZ z dnia 31.05.2021. Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu następująco: „.wykonał lub wykonuje przez okres minimum 12 miesięcy co najmniej jedną usługę: •kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta bądź

• pomocniczą usługę utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi przy obsłudze pacjenta o wartości zamówienia min. 500.000,00 złotych."

Natomiast informacja o tym, że referencje mają pochodzić od Zamawiających będących szpitalami publicznymi jest w następnym akapicie i nie odnosi się do warunków udziału w postępowaniu tylko do dokumentów jakie należy złożyć na potwierdzenie ich spełnienia. W ocenie Wykonawcy zapisu tego nie można traktować jako warunek, ponieważ znajduje się on w akapicie mówiącym o sposobie udowodnienia posiadanego doświadczenia.

Niezależnie od powyższego, Wykonawca chciałby poinformować, że referencję którą przedstawił na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, pochodzi od podmiotu będącego szpitalem publicznym, tj. takim, którego „podstawową działalnością jest zapewnianie opieki medycznej pacjentom, których leczenie finansowane jest ze środków publicznych w ramach powszechnego ubezpieczenie zdrowotnego." . Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. już od 27 czerwca 2017 roku jest wpisany w wykaz świadczeniodawców zakwalifikowanych do poszczególnych poziomów systemu podstawowego szpitalnego zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej na terenie województwa lubuskiego. Jednocześnie Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. w Sprawozdaniu Zarządu z działalności Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. za rok obrotowy 2019 wskazuje, że „jest jedynym szpitalem pierwszego stopnia PSZ w powiecie Świebodzińskim, na który składa się 6 gmin, liczącym ponad 56 tys. Mieszkańców" oraz, że „ponad 90% przychodów Spółki jest realizowane na podstawie kontraktów z NFZ"

Pragniemy przy tym - wyłącznie z ostrożności - zwrócić uwagę, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wskazał precyzyjnie jakiego typu podmiot rozumie pod pojęciem „szpitala publicznego". W naszej ocenie, jedynym słusznym rozumieniem tego pojęcia w kontekście dokumentacji jest wykazanie doświadczenia pozyskanego w toku współpracy z podmiotem leczniczym realizującym świadczenia szpitalne finansowane ze środków publicznych (takim jest właśnie wystawca naszych referencji). Inne rozumienie takiego pojęcia stałoby w ewidentnej sprzeczności z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych naruszając w szczególności zasadę uczciwej konkurencji.

Przykładowo - nie sposób rozumieć pojęcia „szpitala publicznego" wyłącznie jako samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Działalność lecznicza finansowana ze środków publicznych może być bowiem wykonywana także w innych formach niż SPZOZ (np. jako przedsiębiorca czy instytut badawczy - por. art. 4 ustawy o działalności leczniczej). Wskazane zawężenie form działalności bezzasadnie eliminowałoby doświadczenie zdobyte w innych typach podmiotów leczniczych świadczących bezpłatną opiekę zdrowotną.

Nie sposób także pod pojęciem „szpitala publicznego" rozumieć wymogu posiadania przez podmiot leczniczy „publicznej" struktury własnościowej (np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdzie wyłącznym udziałowcem jest jednostka samorządu terytorialnego). Takie zawężenie zdobywanego doświadczenia również nie może być akceptowane. Podmioty o wskazanej charakterystyce wcale bowiem nie muszą realizować tylko publicznej opieki zdrowotnej, a struktura własnościowa wystawcy referencji jako taka nie ma żadnego znaczenia w kontekście doświadczenia wykonawcy. Potwierdza to chociażby oficjalne stanowisko władz publicznych prezentowane na stronie:
:

Jeśli jesteś ubezpieczony, możesz korzystać z bezpłatnej opieki zdrowotnej w tych przychodniach, gabinetach i szpitalach, które mają podpisany kontrakt z Narodowym Funduszem Zdrowia. Można je łatwo rozpoznać, ponieważ powinny być oznaczone widoczną tablicą z logo NFZ.

Nie ma wówczas znaczenia, czy dana placówka jest publiczna w tym sensie, że należy na przykład do powiatu, gminy czy województwa, czy jest całkowicie prywatna i należy do prywatnego właściciela - jednej osoby, kilku osób czy spółki — w zakresie podpisanego kontraktu z NFZ diagnostyka i leczenie są w niej dla pacjenta ubezpieczonego bezpłatne.

Wreszcie, warto wskazać na popełnioną przez Zamawiającego nieścisłość w postawionym warunku dotyczącym zdolności zawodowej. Pojęcie „szpitala" nie wydaje się tu właściwe. Wystawcą referencji może być bowiem podmiot leczniczy, nie szpital. Szpital jako taki nie ma zdolności prawnej, jest wyłącznie „zakładem" podmiotu leczniczego, a więc jedynie zespołem składników majątkowych (por. art. 2 ust. 1 pkt 9 i 14 ustawy o działalności leczniczej).

Mając powyższe na względzie, nie sposób przyjąć, że przedłożona przez nas referencja pochodzi od podmiotu, który nie jest „szpitalem publicznym". Nawet jednak, jeśli pojawiłyby się wątpliwości co do tego jak rozumieć nieostro postawiony warunek udziału w postepowaniu, powinny one być każdorazowo rozstrzygane zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO, tj. na korzyść wykonawców.

Powyższe wskazuje, że doświadczenie, którym wykazał się Wykonawca (polegając na podmiocie trzecim) spełnia wszystkie warunki określone w postępowaniu tj.: usługa realizowana jest minimum 12 miesięcy, dotyczy kompleksowego utrzymania czystości w szpitalu wraz z usługami pomocniczymi, wartość usługi przekracza 500 000 zł oraz usługa ta jest wykonywana dla podmiotu, który jest szpitalem publicznym. (...)".

Zamawiający z kolei wezwał Przystępującego w dniu 06.09.2021 r. do: „(...) wyjaśnień dotyczących złożonego w dniu 30 sierpnia 2021 roku podmiotowego środka dowodowego na wykazanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt. XI. 1.4) SWZ, to jest listu referencyjnego z dnia 25.08.2021 wystawionego przez spółkę Nowy Szpital w Świebodzinie sp. z o.o.

Zamawiający prosi o wyjaśnienie sprzeczności między przedstawieniem w/w referencji jako pochodzących od „szpitala publicznego" a argumentacją, zawartą w znajdującym się w aktach niniejszego postępowania dokumentem z dnia 21 czerwca 2021 roku pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa", w którym na stronie 3 jako argument przemawiający za zastrzeżeniem referencji wystawionych wcześniej przez ten sam podmiot (Nowy Szpital w Świebodzinie) jako tajemnicy przedsiębiorstwa podnosiliście Państwo m.in., że Umowy zawarte z takimi podmiotami (podmiotami prywatnymi) nie mają przymiotu jawności i żaden przepis prawa nie obliguje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy (.)".

W odpowiedzi pismem z 09.09.2021 r. Przystępujący stwierdził co następuje:

„(.)W pierwszej kolejności należy wskazać, że pomiędzy treścią referencji ze Szpitala w Świebodzinie a zastrzeżeniem tajemniczy przedsiębiorstwa nie istnieje żadna sprzeczność bądź niekonsekwencja dotycząca statusu prawnego wystawcy referencji.

Wyrokiem z dnia 3 sierpnia 2021 roku, sygn. akt 1949/21, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że Wykonawca Ever Medical Care Sp. z o.o. nieskutecznie zastrzegł jako tajemnice przedsiębiorstwa wykaz usług oraz treść referencji, ponieważ nie wskazano „odpowiedniego charakteru zastrzeganych informacji i ich wartości gospodarczej, co powoduje, że zastrzeżenie ich jako tajemnicy handlowej należy uznać za bezskuteczne". W związku z powyższym treść dokumentu złożonego przez Wykonawcę pn.: „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa" nie jest wiążąca dla Zamawiającego.

Wykonawca informuję, że Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. jest podmiotem prywatnym odpowiedzialnym za zarządzanie obiektem medycznym realizującym zadania publiczne oraz, że kontrakt ten nie został pozyskany na rynku zamówień publicznych, lecz na zasadach komercyjnych. Jednocześnie (zgodnie z wcześniejszymi wyjaśnieniami) wskazujemy, że referencja, którą przedstawiliśmy na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, pochodzi od podmiotu zarządzającego szpitalem publicznym, tj. takim, którego „podstawową działalnością jest zapewnianie opieki medycznej pacjentom, których leczenie finansowane jest ze środków publicznych w ramach powszechnego ubezpieczenie zdrowotnego." Nie należy mylić pojęcia „szpitala" z podmiotem, który szpitalem zarządza / jest jego właścicielem. Szpital jako taki, w świetle ustawy o działalności leczniczej nie ma podmiotowości prawnej. Jest zespołem składników służących danemu podmiotowi do

realizacji świadczeń szpitalnych. Jeśli są one finansowane ze środków publicznych, szpital jest wówczas placówką publiczną. Status podmiotu, który szpital prowadzi jest tym samym irrelewantny dla oceny czy placówka jest publiczna czy też nie. Mówiąc wprost - usługi sprzątania dotyczyć mogą szpitala, zaś referencje, które to potwierdzają wystawia podmiot prowadzący szpital, gdyż tylko on może być stroną umowy. Szczegółowy komentarz prawny w tym zakresie przedstawiony został w ostatnich wyjaśnieniach.

Tak jak już informowaliśmy Zamawiającego, Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. od 27 czerwca 2017 roku jest wpisany w wykaz świadczeniodawców zakwalifikowanych do poszczególnych poziomów systemu podstawowego szpitalnego zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej na terenie województwa lubuskiego. Jednocześnie Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. w Sprawozdaniu Zarządu z działalności Nowy Szpital w Świebodzinie Sp. z o.o. za rok obrotowy 2019 wskazuje, że „jest jedynym szpitalem pierwszego stopnia PSZ w powiecie Świebodzińskim, na który składa się 6 gmin, liczącym ponad 56 tys. Mieszkańców" i że „ponad 90% przychodów Spółki jest realizowane na podstawie kontraktów z NFZ"

Konkludując Nowy Szpital w Świebodzinie jest szpitalem publicznym realizującym zadania publiczne, lecz jest zarządzany przez podmiot prywatny. W świetle powyższego Wykonawca na żadnym etapie procedury nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Składane dotychczas dokumenty i oświadczenia nie są wewnętrznie sprzeczne w zakresie, którego dotyczą niniejsze wyjaśnienia.

Podobnie do wcześniejszych wyjaśnień zwracamy uwagę, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wskazał precyzyjnie jakiego typu podmiot rozumie pod pojęciem „szpitala publicznego". W naszej ocenie, jedynym słusznym (zgodnym z prawem) rozumieniem tego pojęcia w kontekście dokumentacji jest wykazanie doświadczenia pozyskanego w toku współpracy z podmiotem leczniczym realizującym świadczenia szpitalne finansowane ze środków publicznych (takim jest właśnie wystawca naszych referencji). Inne rozumienie takiego pojęcia stałoby w ewidentnej sprzeczności z podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych naruszając w szczególności zasadę uczciwej konkurencji.

Przykładowo - nie sposób rozumieć pojęcia „szpitala publicznego" wyłącznie jako samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Działalność lecznicza finansowana ze środków publicznych może być bowiem wykonywana także w innych formach niż SPZOZ (np. jako przedsiębiorca czy instytut badawczy - por. art. 4 ustawy o działalności leczniczej). Wskazane zawężenie form działalności bezzasadnie eliminowałoby doświadczenie zdobyte w innych typach podmiotów leczniczych świadczących bezpłatną opiekę zdrowotną.

Nie sposób także pod pojęciem „szpitala publicznego" rozumieć wymogu posiadania przez podmiot leczniczy „publicznej" struktury własnościowej (np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdzie wyłącznym udziałowcem jest jednostka samorządu terytorialnego). Takie zawężenie zdobywanego doświadczenia również nie może być akceptowane. Podmioty o wskazanej charakterystyce wcale bowiem nie muszą realizować tylko publicznej opieki zdrowotnej, a struktura własnościowa wystawcy referencji jako taka nie ma żadnego znaczenia w kontekście doświadczenia wykonawcy. Potwierdza to chociażby oficjalne stanowisko władz publicznych prezentowane na stronie:
:

Jeśli jesteś ubezpieczony, możesz korzystać z bezpłatnej opieki zdrowotnej w tych przychodniach, gabinetach i szpitalach, które mają podpisany kontrakt z Narodowym Funduszem Zdrowia. Można je łatwo rozpoznać, ponieważ powinny być oznaczone widoczną tablicą z logo NFZ.

Nie ma wówczas znaczenia, czy dana placówka jest publiczna w tym sensie, że należy na przykład do powiatu, gminy czy województwa, czy jest całkowicie prywatna i należy do prywatnego właściciela - jednej osoby, kilku osób czy spółki — w zakresie podpisanego kontraktu z NFZ diagnostyka i leczenie są w niej dla pacjenta ubezpieczonego bezpłatne.

Mając powyższe na względzie, nie sposób przyjąć, że przedłożona przez nas referencja pochodzi od podmiotu, który nie jest „szpitalem publicznym". Nawet jednak, jeśli pojawiłyby się wątpliwości co do tego jak rozumieć nieostro postawiony warunek udziału w postepowaniu, powinny one być każdorazowo rozstrzygane zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO, tj. na korzyść wykonawców. (.)".

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp),

oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu odwołania, podlega on oddaleniu, a w konsekwencji całe odwołanie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie było sporu miedzy stronami co do tego, że ani w SWZ, jak i w przepisach powszechni obowiązujących nie było, ani nie ma definicji „szpitala publicznego". Jednakże Odwołujący wiązał znaczenie tego pojęcia w oparciu o język potoczny stwierdzając, że w znaczeniu potocznym szpital publiczny należy rozumieć przez pryzmat statusu właściciela, czyli podmiotowy, tzn. że należy np. do gminy, powiatu czy województwa, w odróżnieniu do szpitala prywatnego, który należy do prywatnego właściciela. Przystępujący z kolei, jak i Zamawiający, że należy rozpatrywać znaczenie „szpitala publicznego" przez pryzmat przedmiotowy, tzn. przez pryzmat świadczeń szpitalnych finansowanych ze środków publicznych.

W ocenie Izby, prawidłowym sposobem rozumienia jest sposób zaprezentowany przez Przystępującego i Zamawiającego, czyli przedmiotowy, tj. w kontekście świadczeń finansowanych ze środków publicznych pochodzących z NFZ, gdyż każdy z podmiotów prowadzących szpital może w ramach swojej działalności świadczyć usługi szpitalne finansowane ze środków publicznych. Jak zasadnie podniósł Przystępujący w swoim pisemnym stanowisku wskazuje na to chociażby Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1285 (popularna „ustawa o sieci szpitali") definiując w art. 5 pkt 41 „świadczeniodawcę" bardzo szeroko, czy też wskazane w odpowiedzi na odwołanie rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie określenia szczegółowych kryteriów kwalifikacji świadczeniodawców do poszczególnych poziomów systemu podstawowego szpitalnego zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej z dnia 13.06.2017 r. (Dz. U. 2017 poz. 1163). Niewątpliwie bowiem podstawową funkcją obowiązującego aktualnie modelu zapewnienia publicznej opieki zdrowotnej jest zagwarantowanie ubezpieczonemu pacjentowi łatwego dostępu do świadczeń medycznych bez konieczności weryfikacji przez niego statusu podmiotu prowadzącego szpital. Znaczenia nie ma kto szpital prowadzi, a to czy świadczenia medyczne są świadczeniami finansowanym przez państwo (czyli w odczuciu pacjentów bezpłatnymi), czy też świadczeniami prywatnymi (za które pacjent uiszcza opłaty).

Jest to jedyny słuszny sposób w granicach prawa możliwy do przyjęcia sposób rozumienia pojęcia „szpital publiczny", a istniejące wątpliwości na które wskazywał Zamawiający zwłaszcza w swojej odpowiedzi na odwołanie, należy rozstrzygnąć na korzyść Przystępującego. Izba w tym ostatnim aspekcie wskazuje na stanowisko orzecznictwa przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: "Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców". Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: "Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego.". Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: "Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)" oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: "Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów". (za wyrokiem KIO z 10.07.2020 r., sygn. akt: KIO 1235/20, KIO 1266/20, czy też wyrokiem KIO z 14.05.2021 r., KIO 705/21).

Dodatkowo należy zgodzić się także z Przystępującym, że twierdzenia przeciwne mogłyby także wykluczyć nawet podmioty, które przekształciły się z SPZOZ-tów w spółki prawa handlowego. Fragmenty przywołane przez Odwołującego ze strony wcale

nie mają takiego jednoznacznego wydźwięku, jak podnosił na rozprawie Odwołujący. W ocenie, Izby każda z zainteresowanych w sporze stron akcentuje korzystne dla siebie fragmenty. Całość zaś dotyczy tego kiedy pacjent może korzystać z bezpłatnej opieki zdrowotnej. Podobnie kwestia fragmentu: „referencji pochodzących od Zamawiających", gdyż nie świadczy niniejszy fragment na korzyść Odwołującego, pojęcia bowiem „Zamawianych" nie można utożsamiać jedynie z Zamawiającymi stosującymi Prawo zamówień publicznych, są nimi także Zamawiający nie stosujący tej ustawy, a kierujący się

Kodeksem Cywilnym. Odnośnie, zaś podnoszonej przez Odwołującego na rozprawie sprzeczności, czy też braku konsekwencji w stanowisku Przystępującego, Izba wskazuje na złożone w tym zakresie wyjaśnia na rozprawie, iż w jego stanowisku wcześniejszym dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa (podczas rozprawy dotyczącej odwołania o sygn. akt: KIO 1949/21), a obecnym nie ma sprzeczności, gdyż zawsze chodziło o szpital publiczny, który jest podmiotem prywatnym. Również może być taka sytuacja jak podkreślał, iż szpital publiczny świadczy usługi prywatne, nie będące finansowane z NFZ-u.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego i nakazując Odwołującemu dokonanie na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków strony i pełnomocnika, tj. kwoty 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika oraz 17,00 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa strony na podstawie złożonych rachunków.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: