

WYROK

z dnia 31 maja 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2022 roku w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2022 roku
przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum (1) Citonet

Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - lider konsorcjum, (2) Toruńskie Zakłady
Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna, (3) Citonet Bydgoszcz Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością, adres pełnomocnika: ul. Gromadzka 52 30-719 Kraków, w
postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Szpital Kliniczny im. dr. Józefa
Babińskiego SPZOZ

w Krakowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum (1) Wrotom
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - lider konsorcjum, (2) Tom-Marg ZPCH Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością, adres pełnomocnika: ul. Ciepłownicza 23B 31-574
Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO
1253/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru
oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających
się o zamówienie: konsorcjum (1) Wrotom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością -
lider konsorcjum, (2) Tom-Marg ZPCH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością adres
pełnomocnika ul. Ciepłownicza 23B 31-574 Kraków, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5)
ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Szpital Kliniczny im. dr. Józefa

Babińskiego SPZOZ 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania
odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo
zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Sygn. akt: KIO 1253/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Kliniczny im. dr. Józefa Babińskiego SPZOZ w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie kompleksowych usług pralniczych na rzecz komórek organizacyjnych Szpitala Klinicznego im. dr. J. Babińskiego SPZOZ w Krakowie, zwane dalej postępowaniem. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonym, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 marca 2022 r. numer ogłoszenia 2022/S 042-109119.

W dniu 9 maja 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum,

konsorcjum (1) Citonet Kraków Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - lider, (2) Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych Spółka Akcyjna, (3) Citonet Bydgoszcz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zwanych dalej „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 128 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wrotom Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie do poprawienia podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, obejmującego co najmniej dwie usługi zrealizowane

lub realizowane w ramach odrębnych umów, polegające na świadczeniu usługi pralniczej wraz z dzierżawą asortymentu pralniczego w jednostkach wykonujących działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem (szpitalach), trwającej nieprzerwanie co najmniej 12 miesięcy każda z usług, o wartości minimum 300 000 złotych brutto każda z usług, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania

i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wrotom Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie;

3) art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Wrotom Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wrotom Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie;

ewentualnie

nakazanie Zamawiającemu dokonania wezwania Wrotom Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie do poprawienia podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich

3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, obejmującego co najmniej dwie usługi zrealizowane lub realizowane w ramach odrębnych umów przez Wrotom sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, polegające na świadczeniu usługi pralniczej wraz z dzierżawą asortymentu pralniczego w jednostkach wykonujących działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem (szpitalach), trwającej nieprzerwanie co najmniej 12 miesięcy każda z usług, o wartości minimum 300 000 złotych brutto każda z usług, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W dniu 27 kwietnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego, że dokonał wyboru oferty Wrotom Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie. Zdaniem Odwołującego, powyższe rozstrzygnięcie narusza przepisy ustawy

Prawo zamówień publicznych, oferta Wrotom Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie zawiera bowiem dwie istotne nieprawidłowości, które Zamawiający zignorował.

Odwołujący wskazał, że W Sekcji VII pkt 1.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegający na wykonaniu przez wykonawcę co najmniej dwóch usług zrealizowanych lub realizowanych w ramach odrębnych umów, polegających na świadczeniu usługi pralniczej wraz z dzierżawą asortymentu pralniczego w jednostkach wykonujących działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem (szpitalach), trwającej nieprzerwanie co najmniej 12 miesięcy każda z usług, o wartości minimum 300 000 złotych brutto każda z usług.

Zgodnie z Sekcją VIII pkt 1 ppkt 1.5 SWZ, wykonawcy zobowiązani byli do wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu poprzez złożenie podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonanych lub wykonywanych oraz dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. złożyły wykaz usług, w którym wykazały dwie usługi: jedną usługę wykonywaną przez Wrotom Sp. z o. o. oraz jedną usługę wykonaną przez Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o.

Jednakże, zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Z oświadczenia złożonego przez Wrotom sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH sp. z o. o. w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że świadczenie kompleksowych usług pralniczych wraz z transportem wykonywać będzie Wrotom sp. z o. o., natomiast Tom - Marg ZPCH sp. z o. o. będzie jedynie pralnią zapasową. Zatem, aby warunek udziału w postępowaniu mógł zostać uznany za spełniony, Wrotom sp. z o. o. powinna wykazać się zrealizowaniem co najmniej dwóch usług opisanych w SWZ.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych, „W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie

podziału zadań, wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia.” (Pismo Urzędu Zamówień Publicznych, Oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, jako podmiotowy środek dowodowy www.uzp.gov.pl).

W przypadku wspólnej oferty Wrotoł Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o., żaden z tych wykonawców nie wykazał się zrealizowaniem wymaganych w SWZ co najmniej dwóch usług. Tym samym złożony przez Wrotoł sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH sp. z o. o. podmiotowy środek dowodowy, tj. wykaz wykonanych (wykonywanych) usług wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, nie potwierdza spełnienia określonego w SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwać Wrotom sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH sp. z o. o. do poprawienia podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu wykonanych (wykonywanych) usług wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W razie braku poprawienia ww. podmiotowego środka dowodowego przez Wrotom sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH sp. z o. o. w wyznaczonym terminie, oferta Wrotom sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH sp. z o. o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zaniechanie wezwania Wrotom sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH sp. z o. o. do poprawienia ww. podmiotowego środka dowodowego, stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowi również naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażającego zasadę równego traktowania wykonawców. Jak bowiem słusznie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 maja 2010 r. KIO/UZP 691/10, każde naruszenie przepisów ustawy mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania stanowi o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z pkt 2 ppkt 2.4 lit. c) załącznika „A” do umowy/do SWZ, przedmiotem zamówienia jest m.in. dzierżawa prześcieradeł o rozmiarze 160 x 280 cm (+/- 2 cm).

Ze złożonego przez Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. dokumentu „Oświadczenie. Pościel szpitalna w kolorze” wystawionego przez Andropol S.A. wynika wyraźnie, że zaofertowane przez Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. prześcieradła mają rozmiar 160 cm x 250 cm, a więc istotnie mniejszy od wymaganego w SWZ rozmiaru 160 x 280 cm (+/-2 cm). W przeciwieństwie do np. karty danych technicznych bielizny pościelowej złożonej przez Odwołującego, dokument złożony przez Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. nie zawiera żadnej wzmianki o możliwości dostosowania rozmiarów pościeli do życzenia klienta.

Tym samym zaoferowane przez Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. prześcierać nie odpowiadają opisowi przedmiotu zamówienia. Treść oferty Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. jest zatem niezgodna z warunkami zamówienia, więc oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zaniechanie odrzucenia oferty Wroton sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH sp. z o. o. stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stanowi również naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażającego zasadę równego traktowania wykonawców.

Skoro Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. nie wykazały spełnienia określonego w SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, a oferta Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o. o. podlega odrzuceniu, to oferta ta nie może być uznana za najkorzystniejszą. Wybranie tej oferty przez Zamawiającego narusza więc art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku opisanego wyżej naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu za ofertą Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH Sp. z o.o. Gdyby Zamawiający nie zaniechał wezwania Wrotom Sp. z o. o. i Tom - Marg ZPCH

Sp. z o. o. do poprawienia podmiotowego środka dowodowego, nie zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy i nie wybrał jego oferty, wówczas Odwołujący mógłby wygrać niniejszy przetarg i uzyskać zamówienie publiczne. Uchybienia Zamawiającego pozbawiają Odwołującego szansę uzyskania zamówienia publicznego oraz szansę osiągnięcia zysku z wykonywania zamówienia publicznego; w wyniku tych uchybień Odwołujący może zatem ponieść szkodę.

Opisane w odwołaniu uchybienia Zamawiającego pozbawiły Odwołującego zamówienia publicznego oraz możliwości osiągnięcia zysku z wykonywania zamówienia publicznego;

w wyniku tych uchybień Odwołujący może zatem ponieść szkodę.

Dlatego opisane w odwołaniu naruszenia ustawy przez Zamawiającego mają wpływ na wynik postępowania, a Odwołującemu przysługują przewidziane ustawą środki ochrony prawnej.

W dniu 12 maja 2022 r. do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum WROTOM Sp. z o.o. - lider oraz TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o. zwani dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 26 maja 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 31 maja 2022 r. Przystępujący złożył pismo procesowe „Stanowisko Przystępującego do odwołania”, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, w treści SWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (Sekcja VII pkt 1.4) o następującej treści:

„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 zrealizowane lub realizowane w ramach odrębnych umów, polegające na świadczeniu usługi pralniczej wraz z dzierżawą, asortymentu pralniczego w jednostkach wykonujących działalność leczniczą związaną z całodobową opieką nad pacjentem (szpitalach), trwającej nieprzerwanie co najmniej 12 miesięcy każda z usług, o wartości minimum 300 000 złotych

brutto każda z usług.

Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie dokonana w oparciu o złożone przez Wykonawcę oświadczenia i dokumenty”.

Zamawiający nie określił szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie warunków udziału

w postępowaniu.

Przedmiot zamówienia obejmował m.in. dzierżawę prześcieradeł, dla których w załączniku A do SWZ pkt 2.2.c) - Zamawiający ustanowił wymagania jakościowe:

„prześcieradło - nowe, nie użytkowane, kolor jednolity, preferowany kolor niebieski, rozmiar prześcieradła: 160 x 280 cm (+/-2%). Wykonane z bezpyłowej tkaniny bawełnianej: o gramaturze 150 - 159 g/m² posiadającej zawartość bawełny 100 % odpornej na chlorowanie i sterylizację, temperatura prania 95°C (+/-2° C) z użyciem odpowiedniego preparatu dezynfekcyjnego, możliwość chlorowania i sterylizacji, z wykurczem max 4% do 5%. Wytrzymałość tkaniny na rozciąganie w kierunku wzdłużnym min 600N, w kierunku poprzecznym min 410N, odporna na pilling i wybarwienia. Każda sztuka wyrobu zaopatrzona w chip UHF. Tkanina posiadająca certyfikat OEKO- TEX standard 100 klasa I”.

Zamawiający nie wymagał złożenia razem z ofertą przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie zgodności oferowanych usług z warunkami zamówienia.

W treści SWZ - Sekcja XXI Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Zamawiający ustanowił podkryterium „Jakość”, dla którego ustanowił wagę/znaczenie 14 pkt.

Kryterium wyliczane będzie w następujący sposób:

- a) Wykonawca, który zaoferuje dostarczenie dzierżawionych poszew, poszewek
 - 1 prześcieradeł wykonanych z bezpyłowej tkaniny bawełnianej o gramaturze od 160 do 165 g/m² — otrzyma 6 pkt;
- b) Wykonawca, którego zakład wyposażony jest w następujące urządzenia:
 - b1. dwie pralnicze linie tunelowe zakończone prasą - otrzyma 2 pkt.,
 - b2. przelotową komorę dezynfekcyjną wózków transportowych - otrzyma 2 pkt.,
 - b3. komorę dezynfekcyjną ze zintegrowaną drukarką umożliwiającą wydruk parametrów procesów dezynfekcji - otrzyma 2 pkt.;
 - b4. minimum 3 pralnie przelotowe barierowe do prania odzieży pacjenta - otrzyma 2 pkt.

W ramach kryterium "Jakość" może zostać przyznanych maksymalnie 14 pkt.

W celu dokonania oceny ofert wg kryterium określonego w lit. a) Wykonawca — do oferty dołączy dokumenty producenta poszew, poszewek i prześcieradeł jednoznacznie informujące i potwierdzające gramaturę i rodzaj tkaniny, z której wykonane będą dostarczone poszwy, poszewki i prześcieradła.

W celu dokonania oceny ofert wg kryterium określonego w lit. b) Wykonawca złoży stosowne oświadczenie — na załączniku nr 1 do SWZ — Formularzu ofertowym Wykonawcy. Oświadczenie Wykonawcy dotyczące spełniania lub nie spełniania wymogów określonych w lit. b1. — b4. stanowić będzie podstawę do przyznania punktów Wykonawcy.

Przystępujący załączył do oferty „Oświadczenie Pościel Szpitalna w Kolorze Białym” złożone przez Andropol S.A. z siedzibą w Andrychowie, z treści którego wynika, że oferowane prześcieradło o gramaturze 160 g/m² posiada wymiary 160 x 250.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, Przystępujący złożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 kwietnia

2022 r. skierowane na podstawie z art. 126 ust. 1 Pzp m.in. wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi, jedną w całości zrealizowaną przez WROTOM Sp. z o.o. a drugą, w całości zrealizowaną przez TOM-MARG ZPCH Sp. z o.o. Do Wykazu Usług zostały załączone Listy Referencyjne potwierdzające należyte wykonanie usług.

W dniu 12 maja 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego.

Izba zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności

do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności, Izba odni się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W treści Specyfikacji warunków zamówienia (Załącznik A do umowy SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA/UMOWY, W TYM OBOWIĄZKÓW WYKONAWCY), będącej

dokumentem zamówienia określającym lub opisującym warunki zamówienia, Zamawiający wymagał dzierżawy m.in. prześcieradeł o wymiarach 160 x 280 cm (+/-2%).

Z treści załączonego do oferty oświadczenia firmy Andropol S.A. wynika

jednoznacznie,

że Przystępujący oferuje prześcieradła o wymiarach 160 x 250, o gramaturze 160 g/m². Powyższa okoliczność w zakresie wymiarów oferowanego prześcieradła, stanowi niewątpliwie niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, zgodnie z którymi wymiary prześcieradła miały wynosić 160 x 280 cm (+/-2%). Niezgodność tą przyznał również sam Zamawiający

w odpowiedzi na odwołanie, stwierdzając „iż wprawdzie Przystępujący jest gotów dostarczyć w ramach usługi prześcieradło o lepszej gramaturze, jednakże takie prześcieradło nie posiada wymaganych wymiarów, stąd Zamawiający nie przyjmuje takiego prześcieradła i nie przyznaje za nie punktów w ramach kryteriów oceny ofert”. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wyjaśnił, że nie wymagał przedmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie zgodności treści oferty, a jedynie na potrzeby oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert, zatem pomimo, iż gramatura oferowanego prześcieradła uzasadniała przyznanie punktów w ramach kryterium „jakość”, to z uwagi na niewłaściwe wymiary prześcieradła, Zamawiający nie przyznał punktów. Ponadto, skoro przedmiotowy środek dowodowy nie miał potwierdzać zgodności oferty z warunkami zamówienia, ponieważ przypisana mu została inna funkcja (na potrzeby kryterium „jakość”), to inne informacje w nim zawarte poza gramaturą, nie były brane pod uwagę, a Zamawiający polegał wyłącznie na zawartym w treści formularza ofertowego zobowiązaniu wykonawcy. Jak sam Zamawiający wskazał: „powyższy dokument nie może stanowić podstawy do badania zgodności oferowanego asortymentu z opisem przedmiotu zamówienia, ponieważ nie taki był zapisany w Specyfikacji Warunków Zamówienia cel jego przedłożenia przez wykonawców”.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący zaoferował realizację usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, składając ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie oferowanych prześcieradeł. Okoliczność, że Zamawiający nie wymagał przedmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie zgodności oferty z warunkami zamówienia, nie oznacza, że wykonawca może złożyć ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Co więcej, sam Zamawiający dostrzegł powyższą niezgodność, jednakże nie odrzucił oferty Przystępującego, stwierdzając jedynie że „nie przyjmuje takiego prześcieradła”.

Izba wskazuje, że procedura przewidziana w prawie zamówień publicznych nie zna instytucji „nieprzyjęcia oferty”. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jedyną czynnością do jakiej Zamawiający jest zobowiązany, jeżeli została złożona oferta której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (z uwzględnieniem art. 223 ust. 2 Pzp) jest odrzucenie oferty.

Ponadto argumentacja Zamawiającego, odnosząca się do złożonego dokumentu na potrzeby kryteriów oceny ofert, obarczona jest brakiem konsekwencji. Oferowana pościel posiadała gramaturę, uzasadniającą przyznanie Przystępującemu dodatkowych punktów w kryterium „Jakość”, jednak Zamawiający zaniechał ich przyznania, wskazując na niezgodność w wymiarach. Takim działaniem sam potwierdził, iż wziął pod uwagę treść dokumentu odnoszącą się do wymiarów oferowanego prześcieradła, ponieważ pomimo gramatury, uzasadniającej przyznanie dodatkowych punktów w ramach kryterium „Jakość”, Zamawiający zaniechał ich przyznania. Gdyby działania Zamawiającego były spójne z prezentowaną argumentacją, tzn. Zamawiający oceniałby złożony dokument wyłącznie pod kątem kryterium oceny ofert, to pomijając niezgodność w wymiarach prześcieradła, przyznałby punkty za zaoferowaną jakość prześcieradeł. Zamawiający dostrzegł jednak niezgodność oferty z warunkami zamówienia, jednak oferty Przystępującego nie odrzucił, a jedynie nie przyznał jej punktów w kryterium „Jakość”.

Niezasadnym w ocenie Izby było nieuwzględnienie treści złożonego przedmiotowego środka dowodowego i ocena oferty Przystępującego w taki sposób, jakby dokumentu tego nie załączył do oferty. Pomimo, iż dokument ten był wymagany na potrzeby kryterium ocen ofert, to Zamawiający nie powinien pomijać pozostałej jego treści.

Z treści oferty wynika jednoznacznie, iż Przystępujący zaoferował prześcieradła dobrej jakości, lecz niespełniające pozostałych wymogów Zamawiającego. A zatem, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie było podstawy do uznania oferty Przystępującego za najkorzystniejszą. Ponadto, gdyby opierać się wyłącznie na oświadczeniu zawartym w Formularzu Ofertowym, to pomimo zobowiązania do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w treści Formularza Ofertowego zawarte jest odwołanie Przystępującego do złożonej oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia, w ramach której oferowane są prześcieradła niezgodne z warunkami zamówienia.

Zamawiający poprzez powyższe działania, mając pełną świadomość, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego zarzut należało uznać za zasadny.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c), Izba uznała zarzuty za zasadne.

Zgodnie z treścią powyższych przepisów Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu, Przystępujący wskazał posiadane doświadczenie, składając Wykaz Usług, w którym powołał się na dwie zrealizowane usługi, każda z usług zrealizowana została odrębnie przez innego z konsorcjantów. Na potwierdzenie ich należytego wykonania Przystępujący załączył Listy Referencyjne.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, ponieważ, zgodnie z treścią oświadczenia składanego w trybie art. 117 ust. 4 Pzp, tylko jeden z konsorcjantów będzie realizował zamówienie, natomiast drugi z nich, będzie świadczył usługi pralni zapasowej. Zgodnie z treścią art. 117 ust. 3 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, zatem, aby warunek udziału określony w SWZ został spełniony, konsorcjant, który będzie realizował przedmiotowe zamówienie, powinien wykazać się zrealizowaniem co najmniej dwóch usług, objętych warunkiem udziału w postępowaniu.

Z treści złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp oświadczenia Przystępującego, jednoznacznie wynika, że zamówienie będzie realizowane przez wykonawcę Wrotom

Sp. z o.o. Drugi z konsorcjantów Tom - Marg ZPCH Sp. z o.o. ma wykonywać usługi pralni zapasowej, których to usług nie wymagał Zamawiający w treści SWZ.

Izba podziela argumentację Odwołującego dotyczącą braku spełnienia warunku udziału przez Przystępującego w zakresie wymaganego doświadczenia. W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków, wykonawca ma obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. H. Nowak M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 450).

W okolicznościach niniejszej sprawy, realizacja przedmiotowego zamówienia zgodnego

ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia/Umowy będzie wykonywana wyłącznie przez konsorcjanta Wrotom Sp. z o.o. Drugi z konsorcjantów ma realizować usługi pralni zapasowej, których nie wymagał Zamawiający w treści SWZ, zatem doświadczenie tego konsorcjanta, nie może być kwalifikowane jako doświadczenie wykonawcy, który będzie realizował usługi, dla których doświadczenie jest wymagane. Podkreślenia wymaga, że jeżeli usługi pralni zapasowej nie były objęte przedmiotem zamówienia, to doświadczenie wykonawcy, który będzie realizował usługę nieobjętą przedmiotem zamówienia nie może zostać zaliczone do wymaganego treścią SWZ doświadczenia wykonawcy. Izba za nieuprawnione uznała działanie wykonawcy, który wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji nieuprawnionego sumowania doświadczenia konsorcjantów, wykreował usługę nieobjętą zamówieniem, wskazując ją jako usługę, do wykonania której wymagane jest doświadczenie wynikające z SWZ.

Zdaniem Izby, Przystępujący powołując się na doświadczenie wykonawcy, który ma realizować usługę nieobjętą przedmiotem zamówienia, nie spełnił wymogu określonego w art. 117 ust. 3 Pzp, odnoszącego się do polegania na zdolnościach tych wykonawców, którzy wykonują usługi dla których zdolności są wymagane.

Wobec powyższego, wykazanie się doświadczeniem w zakresie realizacji tylko jednej usługi objętej warunkiem udziału w postępowaniu przez konsorcjanta Wrotom Sp. z o.o. nie jest wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia. W takich okolicznościach, Zamawiający winien wezwać Przystępującego,

na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, czego Zamawiający zaniechał.

Jednakże, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, z uwagi na nakazanie Zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. zaistnienie przesłanki określonej w art. 128 ust. 1 pkt 1 Pzp, wezwanie Przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, pomimo iż co do zasady winno zostać skierowane do Przystępującego, obecnie nie będzie już zasadne.

Zgodnie bowiem z treścią 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.

Wobec powyższego, potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b i c)

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Niezależnie od powyższego Izba podziela stanowisko Odwołującego dotyczące sumowania doświadczenia konsorcjantów. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 2169/16 z dnia 29 listopada 2016 r., zgodnie z którym „Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch usług. Powyższe

oznacza,

że oczekiwał wykazania się przez wykonawców krotnością, a więc powtarzalnością w wykonywaniu usługi o oczekiwanym zakresie, a tym samym biegłością w jej realizacji. Owa krotność (w tym przypadku dwukrotność) wyraża stopień zaawansowania doświadczenia wykonawcy. Zatem zrealizowanie jednej usługi zostało przez Zamawiającego

uznane

za niewystarczające dla realizacji zamówienia i z tego względu, w treści warunku wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w zrealizowaniu nie jednej, ale dwóch usług. Zamawiający uprawniony był do postawienia takiego wymogu.

W ocenie Izby, fakt wykazania się przez różnych uczestników konsorcjum realizacją tylko po jednym zadaniu, oznacza brak wykazania wymaganego doświadczenia Odwołującego (Konsorcjum). Okoliczność, że wykonawcy stworzyli konsorcjum, nie oznacza automatycznie, że uzyskano podmiot, który posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Innymi słowy - dwóch niedoświadczonych wykonawców tylko poprzez zawiązanie konsorcjum nie tworzy doświadczanego podmiotu. Nie powoduje powstania podmiotu, który posiada doświadczenie odpowiadające wielokrotnemu zrealizowaniu usługi”.

W tym stanie rzeczy należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 7 ust. 1 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).

Przewodniczący:.....