

Sygn. akt: KIO 3369/24

## WYROK

Warszawa, dnia 3 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez wykonawcę Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce z siedzibą w Ostrołęce

przy udziale:

- A. uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi
- B. uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Everteam Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1 i 2.
2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 3.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3369/24

Uzasadnienie

Zamawiający Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce z siedzibą w Ostrołęce (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Usługa kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, pozostałe usługi w zakresie opieki zdrowotnej gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 9 lutego 2024 roku pod numerem: 84293-2024, numer wydania: Dz.U. S: 29/2024.

I. W dniu 16 września 2024 r. wykonawca Optima Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zmiany treści postanowień SWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 4 września 2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”):

- 1) art. 240 ust. 2, art. 223 ust. 2 i 3 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zawarcie w treści SWZ zastrzeżenia, że utrata po złożeniu oferty dysponowania osobą wskazaną w ofercie na spełnienie wymogów określonych w kryterium Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zadania oraz w kryterium Posiadane wykształcenie przez koordynatora zespołu skutkuje nieprzyznaniem punktów w ww. kryterium i zakazem zamiany ww. utraconej osoby na inną osobę - a w przypadku, gdyby do ww. utraty doszło po wyborze oferty najkorzystniejszej odmową zawarcia umowy przez Zamawiającego oraz nieprzyznaniem punktów w ww. kryterium i zakazem zamiany ww. utraconej osoby na inną osobę - skutkiem czego:
  - a) w treści SWZ wprowadzone zostało nieusualne domniemanie automatycznej zmiany treści oferty a zastępowalność osób wskazanych w ww. oświadczeniu została wykluczona w przypadku wystąpienia okoliczności losowych i niezależnych od woli wykonawcy takich jak np. śmierć; wypadek skutkujący długotrwałą niezdolnością do pracy; rezygnacja z pracy pracownika itp.;

a

b) punktacja w ww. kryterium przyznawana jest za skierowanie do realizacji zamówienia osoby wymienionej w ofercie (wskazanej z imienia i nazwiska) a nie –

jak wynika z literalnej treści SWZ - za jakość: kompetencje, doświadczenie lub wykształcenie; podczas, gdy:

a) zgodnie z ustawą Pzp oraz zgodnie z Kodeksem cywilnym zmiana treści oferty (jednostronnego oświadczenia woli) wymaga dokonania czynności prawnej tj. złożenia oświadczenia woli na warunkach określonych w art. 223 ust. 3 ustawy Pzp, lub złożenia oświadczenia woli w myśl Kodeksu cywilnego

b) parametrami podlegającymi ocenie w ww. kryteriach są doświadczenie oraz wykształcenie (jakość) i zastępowalność osób wskazanych do realizacji zamówienia ze względu na ww. kryteria jest dopuszczalna w myśl motywu 94 dyrektywy 2014/24/UE, gdy personel zastępczy zapewnia równoważny poziom jakości;

2) art. 241 ust. 3 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie w treści SWZ, że utrata po złożeniu oferty, a przed dniem wyboru oferty najkorzystniejszego dysponowania osobą wskazaną przez wykonawcę w ofercie na spełnienie wymogów określonych w kryterium Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zadania oraz w kryterium Posiadane wykształcenie przez koordynatora zespołu będzie skutkowało nieprzyznaniem punktów w ww. kryterium i zakazem zmiany ww. utraconej osoby na inną osobę po złożeniu oferty - a w przypadku, gdyby do ww. utraty doszło po wyborze oferty najkorzystniejszej odmową zawarcia umowy oraz nieprzyznaniem punktów w ww. kryterium i zakazem zamiany ww. utraconej osoby na inną osobę skutkiem czego ww. kryteria stały się kryteriami związanym z właściwościami wykonawcy, gdyż uzależniają przyznanie punktów ww. kryterium od potencjału kadrowanego wykonawcy tj. od znajdowania się konkretnej osoby identyfikowalnej z imienia i nazwiska w zespole, którym dysponuje wykonawca, podczas gdy kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy.

3) art. 240 ust. 2 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie nadmiernej i nieproporcjonalnej - podwójnej weryfikacji doświadczenia koordynatora zespołu w kryterium Posiadane wykształcenie przez koordynatora zespołu polegające na nałożeniu na wykonawcę jednocześnie obowiązku przedstawienia zaświadczenia potwierdzającym posiadane doświadczenie wystawionym przez podmiot niezależny od Wykonawcy, jak i obowiązku podania w Wykazie osób stanowiącym Załącznik nr 12 do SWZ danych do osoby ze strony podmiotu leczniczego, która potwierdzi posiadane doświadczenie podczas, gdy już przedstawienie ww. zaświadczenia w sposób obiektywny; na podstawie przedmiotowego środka dowodowego oraz zgodny z zasadą pisemności postępowania pozwala na wyczerpującą, pełną i jednoznaczną weryfikację zaoferowanego świadczenia.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia, która będzie skutkowałą doprowadzeniem dokumentów zamówienia do zgodności z Ustawą tj. zmianę treści SWZ i ogłoszenia poprzez np.:

1) w zakresie zarzutu 1) i 2):

usunięcie z treści SWZ, w tym w szczególności z treści Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ, zastrzeżeń, że:

a) pkt 6 Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ

\*W przypadku braku dysponowania wyżej wskazaną osobą po złożeniu oferty, a przed dniem wyboru oferty Wykonawcy najkorzystniejszego, Zamawiający nie przyzna punktów w kryterium.

\*\*W przypadku braku dysponowania wyżej wskazaną osobą po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed dniem podpisania umowy, Zamawiający odmówi zawarcia umowy i dokona ponownego badania i oceny ofert.

b) pkt 6A Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ

\*W przypadku braku dysponowania wyżej wskazaną osobą w Komórcie Organizacyjnej po złożeniu oferty, a przed dniem wyboru oferty Wykonawcy najkorzystniejszego, Zamawiający nie przyzna punktów oraz nie dopuszcza zmiany wyżej wymienionych osób na inne osoby po złożeniu oferty.

\*\*W przypadku braku dysponowania wyżej wskazaną osobą po wyborze najkorzystniejszej oferty, a przed dniem podpisania umowy, Zamawiający odmówi zawarcia umowy i dokona ponownego badania i oceny ofert.

oraz dodanie postanowień dopuszczających zastępowalność osób wskazanych w na ww. kryteria w przypadku zaistnienia zdarzeń losowych i niezależnych od woli wykonawcy skutkujących brakiem dysponowania osobami (utrata) oraz pod warunkiem, że doświadczenie lub wykształcenie zastępców będzie równoważne i będzie służyło wyłącznie kompensacji ww. utraty.

2) w zakresie zarzutu 3):

usunięcie z treści SWZ jednego ze sposobów weryfikacji kryterium: Posiadane wykształcenie przez koordynatora zespołu tj. usunięcie obowiązku przedstawienia przez wykonawcę zaświadczenia potwierdzającego posiadane doświadczenie

wystawionym przez podmiot niezależny od Wykonawcy albo usunięcie obowiązku podania przez wykonawcę w Wykazie osób stanowiącym Załącznik nr 12 do SWZ danych do osoby ze strony podmiotu leczniczego, która potwierdzi posiadane doświadczenie.

II. Pismem wniesionym w dniu 30 września 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zarzuty nr 1 i 2 oraz zarzut nr 3 w zakresie „danych do osoby ze strony podmiotu leczniczego, która potwierdzi posiadane doświadczenie” Zamawiający ocenił jako spóźnione.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili: wykonawca Naprzód Hospital Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (po stronie odwołującego) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Everteam Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (po stronie zamawiającego), dalej jako „Konsorcjum Ever”.

W dniu 1 października 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Konsorcjum Ever. Konsorcjum Ever wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i 2, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w zakresie tych zarzutów, oraz o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

#### Zarzut nr 1 i 2

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Konsorcjum Ever, że zarzuty te należy uznać za spóźnione. Należy zauważyć, że postanowienia SWZ od początku nie dopuszczały zmiany personelu wskazanego w ramach kryterium oceny ofert (przy zachowaniu przyznanej punktacji). Jest to zgodne z przepisami ustawy Pzp oraz utrwalonymi poglądami prezentowanymi w orzecznictwie oraz nauce prawa. Izba podzieliła argumentację prawną, jaką w tym zakresie przedstawiło Konsorcjum Ever w piśmie procesowym z 1 października 2024 r. Zmiana personelu dopuszczalna jest natomiast w ramach warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uwzględnił odwołanie jednego z wykonawców i wprowadził do SWZ postanowienia dopuszczające zmianę personelu w ramach warunków udziału w postępowaniu. Przy tej okazji, zmianami dokonany 4 września 2024 r., Zamawiający sprecyzował postanowienia SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, tak aby odmienność rozwiązań w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert jasno wynikała z treści SWZ. Nie oznacza to jednak, że wykonawcom na nowo „otworzył się termin” do wnoszenia odwołań na postanowienia dotyczące kryteriów oceny ofert. W tej sytuacji należało uznać, że

zarzuty nr 1 i 2 zostały podniesione po upływie terminu określonego w ustawie, co oznacza wystąpienie przesłanki (częściowego) odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy zauważyć, że fragment motywu 94 dyrektywy 2014/24/UE, na który powołał się Odwołujący, dotyczy postanowień umownych („Instytucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny – za pomocą odpowiednich postanowień umownych – zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości.”).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

#### Zarzut nr 3

Izba nie widzi żadnej argumentacji przemawiającej za przyznaniem racji Odwołującemu, że żądanie przez Zamawiającego, zarówno przedstawienia zaświadczenia potwierdzającego posiadane doświadczenie wystawionego przez podmiot niezależny od Wykonawcy, jak i obowiązku podania w Wykazie osób stanowiącym załącznik nr 12 do SWZ danych do osoby ze strony podmiotu leczniczego, która potwierdzi posiadane doświadczenie, należy uznać za wymagania nadmierne i nieproporcjonalne do potrzeb Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, wymagania te zdecydowanie nie są nadmierne, a ponadto korespondują z potrzebami Zamawiającego. Służą weryfikacji wykonawcy, a nie - jak wskazuje Odwołujący - mają wyłącznie utrudniać dostęp do postępowania.

Ponadto, wymagania te służą innym celom – tj. ocenie ofert w ramach kryteriów oceny ofert oraz badaniu oferty pod kątem spełniania warunku udziału w postępowaniu. Należy przy tym pamiętać, że podmiotowe środki dowodowe wymagane są wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 zd. pierwsze oraz ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:

