

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 17.12.2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 29 listopada 2024 r. przez wykonawcę Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli

uczestnicy po stronie zamawiającego:

- A. IZAN + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie
- B. DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
- C. Hospital Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczonej 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.

Przewodniczący: .....

**Sygn. akt: KIO 4485/24**

**Uzasadnienie**

Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie kompleksowego sprzątnięcia i utrzymania czystości w obiektach szpitala i terenach zewnętrznych, transportu wewnętrznego i zewnętrznego oraz pomocy personelowi medycznemu w opiece nad pacjentami, znak sprawy: DZP-280-1/37/2024.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 12 listopada 2024 r., pod numerem 687925-2024.

W dniu 29 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Ever Medical Care Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności polegającej na ustaleniu treści SWZ w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, które zostały zmodyfikowane w dniu 19 listopada 2024 r., w wyniku czego zostały określone w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję.

Kwestionując ww. czynność Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) Pzp i art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) oraz 3) Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego, dyskryminującego, niezachowującego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieuzasadnionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych określonego w pkt 11 ppkt 2 SWZ, co spowodowało w sposób nieuzasadniony wyeliminowanie z postępowania znacznego kręgu wykonawców zdolnych do jego wykonania i odebrało możliwość uzyskania zamówienia Odwołującemu;
- 2) art. 90 ust. 2 PZP w zw. z art. 138 ust. 1 i ust. 2 poprzez dokonanie zmiany warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 11 ust. 2 SWZ, która jest zmianą istotną dla sporządzenia oferty przez Wykonawców i jednocześnie nie przedłużenie terminu składania ofert o minimalny okres na jej złożenie;
- 3) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak podziału oraz wskazania uzasadnienia zaniechania podziału zamówienia na części i dopuszczenia składania ofert częściowych, mimo, że przedmiot zamówienia ma charakter niejednorodny (sprzątnięcie budynków oraz utrzymanie terenów zewnętrznych) a podział taki mógłby umożliwić

udział w postępowaniu większej liczbie wykonawców.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w zakresie:

- 1)(żądanie oznaczone w odwołaniu punktem II.1.1) zmiany warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ i nadanie mu brzmienia sprzed zmiany opublikowanej w dniu 19 listopada 2024 roku, tj. przywrócenie następującego brzmienia warunku:

Wykonawca składający ofertę spełni warunek, jeżeli wykaże, w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał, co najmniej dwie usługi kompleksowego sprzątnia szpitali (zakładów leczenia szpitalnego):

- posiadających minimum 200 łóżek
- wszystkie strefy reżimu sanitarnego (wynikające i opisane w Opisie Przedmiotu Zamówienia w tym bloki operacyjne) o wartości, co najmniej 5 000 000,00 zł każda z nich,
- świadczone przez za okres przynajmniej 12 miesięcy każda z nich

ewentualnie poprzez:

- 2)(żądanie oznaczone w odwołaniu punktem II.1.2) umożliwienie wykonawcom wykazania się w zakresie utrzymania terenów zewnętrznych (w tym terenów zielonych) odrębną referencją.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego następujących wykonawców:

- A. IZAN + Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie
- B. DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
- C. Hospital Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

W dniu 12 grudnia do akt sprawy wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym oświadczył on, że „uwzględnia zarzuty podniesione przez Odwołującego określone w pkt. II.1 ŻĄDANIA – ppkt. 2 tj. poprzez umożliwienie wykonawcom wykazania się w zakresie utrzymania terenów zewnętrznych (w tym terenów zielonych) odrębnymi referencjami, a w związku z powyższym Zamawiający w dniu 11 grudnia 2024 r. dokonał zmiany treści SWZ w zakresie rozdziału 11 SWZ- Warunki udziału w postępowaniu – pkt. 1 - zdolność techniczna, i nadał mu następującą treść:

**O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:**

**zdolności technicznej: Wykonawca składający ofertę spełni warunek, jeżeli wykaże, w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, co najmniej dwie usługi kompleksowego sprzątnia szpitali (zakładów leczenia szpitalnego):**

**a) -posiadających minimum 200 łóżek**

**-wszystkie strefy reżimu sanitarnego (wynikające i opisane w Opisie Przedmiotu**

**Zamówienia w tym bloki operacyjne)**

**- o wartości, co najmniej 5 000 000,00 zł każda z nich,**

**- świadczone przez za okres przynajmniej 12 miesięcy każda z nich**

**- obejmujących obsługę przyszpitalnego lądowiska**

**b) obejmującą obsługę terenów zewnętrznych (w tym terenów zielonych) świadczoną przez okres przynajmniej 12 miesięcy**

potwierdzone dowodami określającymi czy usługi te zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje, bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi te były wykonywane, a przypadku

świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów- oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W przypadku zamówień obecnie wykonywanych (niezakończonych), wartość każdej zrealizowanej części zamówienia (przed upływem terminu składania ofert) nie może być mniejsza niż 5 000 000,00 zł brutto, okres realizacji usługi 12 miesięcy

W przypadku składania oferty przez konsorcjum warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli jeden z członków konsorcjum wykaże się samodzielną realizacją usług opisanych powyżej.

**Zamawiający dopuszcza, aby Wykonawcy składając ofertę w celu wykazania zdolności technicznej opisanej w pkt b) - obsługa terenów zewnętrznych (w tym terenów zielonych) wykazali się odrębnymi referencjami.**

Wykonawca, który realizował zamówienie w ramach konsorcjum, nie może powoływać się na swoje zasoby w postaci zdolności technicznej w zakresie wykraczającym poza faktycznie wykonane usługi określone w ramach warunku. Udostępnione może zostać wyłącznie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum.”

W pozostałym zakresie, czyli zarzutu ewentualnego, wymienionego w pkt. II.2 oraz wniosku złożonego w pkt. II. 3 Zamawiający, wobec uwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt. II.1 ppkt. 2 nie uwzględnił podniesionych zarzutów i wniosku. Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosi o

1) umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w istocie całości zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, ewentualnie, w zakresie zarzutu odwołania dotyczącego warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania,

2) w zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.”

W dniu 15.12.2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Odwołującego, który wskazał, że „wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Zamawiający nie uwzględnił żądań Odwołującego i jego modyfikacja nie kończy sporu pomiędzy stronami a zatem nie jest możliwe umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Odwołujący podniósł również, że „niezależnie od powyższego bezspornym jest, że Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ zmieniając warunki udziału w Postępowaniu. Obecnie zatem nie funkcjonuje warunek, na którego treść zostało złożone odwołanie a nowy warunek wydaje się jeszcze bardziej nieprawidłowy, nielogiczny i dążący jedynie do sztucznego ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu.”

Wobec tego Odwołujący wniósł o:

„a) W przypadku uznania, że z uwagi na dokonaną modyfikację SWZ nie istnieje substrat zaskarżenia, a zatem postępowanie odwoławcze stało się zbędne lub niedopuszczalne - o **umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.**

Ten rodzaj umorzenia pozwoli Odwołującemu sformułować nowe odwołanie od aktualnego brzmienia warunków, jednocześnie mając możliwość zakwestionowania warunku w całości w tym w zakresie dodania wymogu sprzątnięcia terenów zewnętrznych oraz ładowiska, które to wymagania nie istniały w pierwotnym brzmieniu odwołania. Przystępujący wnosi aby w treści uzasadnienia postanowienia KIO stwierdziła, że w z uwagi na umorzenie postępowania odwoławczego odwołanie wniesione na całość warunku nie będzie uznane za spóźnione.

W przypadku uwzględnienia niniejszego wniosku wnoszę o oraz zwrot całości wpisu na rachunek bankowy Odwołującego na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 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).

b) W przypadku uznania, że modyfikacja dokonana przez Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2024 r. nie uchyla istoty sporu i możliwe jest rozpoznanie odwołania wnosimy o skierowanie odwołania na rozprawę i rozstrzygnięcie we wszystkich zarzutach odwołania.”

**Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:**

Zdaniem Izby zaistniała przesłanka do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP, tj.

z uwagi na to, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Na wstępie należy wskazać, iż nie można uznać, że podstawą do umorzenia powinien być art. 568 pkt 3 ustawy PZP. Zamawiający składając oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazał wyraźnie, iż uwzględnienie to powiązał ze zmianami SWZ, których już dokonał. Tym samym zmiana SWZ miała charakter nadrzędny względem oświadczenia o uwzględnieniu odwołania. Co więcej, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało zgłoszonych kilka przystąpień. Dla skutecznego uznania, iż miało miejsce uwzględnienie odwołania, a tym samym, iż zasadnym jest umorzenie postępowania odwoławczego z tej przyczyny, koniecznym byłoby poznanie stanowisk przystępujących, którzy mają uprawnienie do zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania. Swoim działaniem, tj. zmianą SWZ, Zamawiający pozbawił ich tego prawa, co wyklucza potencjalne umorzenie z uwagi na uwzględnienie, a więc należy brać pod uwagę przesłankę do umorzenia wskazaną w art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

Wskazać należy, że aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności lub zaniechania Zamawiającego (art. 513 pkt 1, 2 ustawy PZP). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia w zakresie podniesionych zarzutów objęta była czynność Zamawiającego polegająca na ustaleniu treści dokumentów zamówienia, tj. jak wskazano w treści odwołania *„czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowym ustaleniu treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) w zakresie: określenia warunków udziału w postępowaniu, które zostały zmodyfikowane w dniu 19 listopada 2024 r., w wyniki czego zostały określone w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję.”*

Zamawiający już po wniesieniu odwołania zmienił istotnie treść spornego warunku (zmiana SWZ nr 9 z dnia 11.12.2024 r.), o czym poinformował w złożonym piśmie procesowym, co przesądza o tym, że brak jest obecnie substratu zaskarżenia, a zatem dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego jest zbędne.

Zdaniem Izby treść spornego warunku zmodyfikowana została na tyle istotnie, że całkowicie zmieniło się jego rozumienie, a tym samym sposób jego wykazania. W związku z tym należy uznać, że zupełnie inna byłaby treść odwołania w przypadku, gdyby jego zarzutami objęta była treść obecnie obowiązującego warunku.

Wobec powyższego należy uznać, że jeśli zdaniem Odwołującego nowa treść warunku wciąż jest niezgodna z przepisami, to może on na tę nową czynność Zamawiającego wnieść ponowne odwołanie, które w swojej treści uwzględni już zmienioną treść warunku.

Jednocześnie odnosząc się do pisma Odwołującego należy wskazać, że Izba w nie może przesądzić w niniejszym postanowieniu, że nowe odwołanie nie będzie mogło być uznane za spóźnione. Ocena taka będzie dokonywana przez skład orzekający, który będzie rozpoznawał nowe odwołanie (o ile w ogóle zostanie ono wniesione). Nie ulega jednak wątpliwości, że zaskarżony warunek udziału w postępowaniu został zmieniony i jego poprzednia, zaskarżona treść, nie obowiązuje. Jednocześnie zdaniem składu orzekającego nie można uznać, że zmiany mają charakter kosmetyczny lub nie wpływający na rozumienie spornego warunku – co uzasadniałoby rozpoznanie sprawy merytorycznie. Tym samym zasadnym jest umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, Izba umorzyła postępowanie w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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). Z uwagi na umorzenie tego postępowania odwoławczego na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP Izba nakazała zwrócić Odwołującemu uiszczony wpis od odwołania.

Przewodniczący: .....