Sygn. akt: KIO 4485/24

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 sprzątania 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 (sprzątanie 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 Rozdziału 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 sprzątania 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 sprzątania 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 trenów 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 postepowania, 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 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 sprzątania terenów zewnętrznych oraz lądowiska, które to wymagania nie istniały w pierwotnym brzmieniu odwołania. Przystępujący wnosi aby w treści uzasadnienia postanowienia KIO stwierdziła, ze 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: ……