Sygn. akt: KIO 127/18

WYROK
z dnia 6 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Impel Facility Services Sp. z o.o. ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PUM, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego** - **Impel Facility Services Sp. z o.o.** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Facility Services Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od odwołującego – **Impel Facility Services Sp. z o.o.** na rzecz zamawiającego - **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 PUM w Szczecinie** kwotę **4 479 zł 91 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt dziewięć złotych 91 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 127/18

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 PUM w Szczecinie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", postępowanie o zamówienie publiczne pn. „Kompleksowe usługi: sprzątania, dezynfekcji powierzchni Szpitala z uwzględnieniem transportu wewnętrznego w obiektach SPSK Nr 1 zlokalizowanych w Szczecinie przy ul. Unii Lubelskiej 1 i ul. Broniewskiego 26 oraz w Policach przy ul. Siedleckiej 2". Znak sprawy ZP/261/02/18.
Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 stycznia 2018 roku numer: 2018/S 006-010450. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") została zamieszczona w tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego.
W dniu 22 stycznia 2018 r. Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ w Postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - warunków udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu oceniania ich spełnienia oraz przy żądaniu dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia,

2) art. 22 ust. la w związku z art. 22 ust. 1b w związku z art. 22 d ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nadmiernie rygorystyczne, nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego określenie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania doświadczenia i wiedzy, co uniemożliwia uczciwą konkurencję na rynku tego konkretnego zamówienia publicznego,
3) art. 22 ust. la w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu ich spełniania na poziomie nieproporcjonalnym do opisu przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia uczciwą konkurencję na rynku tego konkretnego zamówienia publicznego,
4) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez nieprawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia polegające na wskazaniu limitu ilości roboczogodzin

świadczenia tzw. usług pomocniczych w miesiącu, przez Wykonawcę, a który to parametr opisu przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług i jednocześnie stanowi punkt wyjścia dla Wykonawcy do kalkulacji ceny oferty,
5) art. 7 ust. 1 w związku art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który stanowi naruszenie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług utrudnia uczciwą konkurencję, polegający na nieuprawnionym, ograniczeniu zakresu usług tzw. „pomocowych" w stosunku do specyfiki i wielkości przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym w odwołaniu.

Wykazując interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący oświadczył, iż obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami tej ustawy i ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż w Rozdziale I pkt 6 *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków,* w ppkt 3 Zamawiający wskazał kryteria minimalnego poziomu zdolności jakie musi spełniać Wykonawca w zakresie doświadczenia, tj. *„3. „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający żąda: Minimalny poziom zdolności: - Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 1 usługę, odpowiadającą swym rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których usługa została wykonana lub jest wykonywana oraz z załączeniem dowodów wskazujących, że usługa (usługi) została/y wykonana/e lub jest/są wykonywana/e należycie - załącznik Nr 4. Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna realizację przez okres co najmniej 12 miesięcy, na podstawie jednej umowy, usługi spełniającej łącznie następujące kryteria: kompleksowa usługa utrzymania czystości w podmiocie leczniczym prowadzącym szpital i posiadającym w swojej strukturze bloki operacyjne i oddziały o charakterze zabiegowym, komórki wykonujące badania z zakresu patomorfologu, w którym ilość zarejestrowanych łóżek*

wynosi > 400 i o łącznej powierzchni do utrzymania czystości > 30.000,00 m i otrzymywanym rocznym wynagrodzeniu nie mniejszym niż 5.500.000,00 zł (pięć milionów pięćset tysięcy złotych). W przypadku składania oferty wspólnej, wykonawcy składający ofertę wspólną, ww. warunek muszą spełniać w ten sposób, że przynajmniej jeden z wykonawców będzie spełniał ten warunek w całości. Jeżeli na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia Wykonawca wykaże usługi będące w trakcie realizacji, na dzień składania ofert, muszą być one wykonywane co najmniej przez 12 miesięcy."

W ocenie Odwołującego wymóg ten narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, jako nadmierny narusza również przepis art. 22 ust. 1a w związku z art. 22 ust. 1b w związku z art. 22 d ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, według którego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób nieuzasadniony, nadmierny ogranicza krąg Wykonawców, a być może powoduje, że tylko jeden z działających na rynku wykonawców będzie w stanie złożyć ważną ofertę. Warunek ten jest nadmierny, zbyt rygorystyczny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Opis sposobu oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie może faworyzować jednego wykonawcy, uniemożliwiając innym skuteczne wzięcie udziału w postępowaniu.
Odwołujący wskazał, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalone w sposób niedyskryminujący, ze szczególnym uwzględnieniem zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Zasada proporcjonalności stanowi, że warunek udziału musi być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny tzn. niezbyt wygórowany np. ze względu na poziom wymaganego doświadczenia i wiedzy, ale dający rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. W niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, zasada ta została złamana poprzez zastosowanie przez Zamawiającego nadmiernego warunku udziału w postepowaniu, co w konsekwencji doprowadzi do ograniczenia kręgu wykonawców w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego.
Odwołujący podał, że podczas świadczenia usługi na obiektach takich jak u Zamawiającego i u samego Zamawiającego wymagania dotyczące sprzątania pomieszczeń patomorfologii są podobne jak w przypadku sprzątania pomieszczeń septycznych szpitala albo pomieszczeń gdzie magazynowane są odpady medyczne. Działania pracowników określa rodzaj zanieczyszczenia oraz rodzaj powierzchni poddawanej zabiegom a także wymagany standard czystości. Z zanieczyszczeniami organicznymi pochodzącymi z ludzkich wydalin i wydzielin oraz krwi, które występują w pomieszczeniach patomorfologii sprzątający mają do czynienia także w innych pomieszczeniach szpitalnych i brudownikach. Rodzaj powierzchni

---

które podlegają sprzątaniu nie różni się od innych powierzchni szpitalnych, które są sprzątane. Wymagany standard czystości oraz zakres i częstotliwość prac określa szpital w SIWZ tak samo jak w przypadku pozostałych pomieszczeń szpitalnych. Sprzątanie pomieszczeń patomorfologii z punktu widzenia firmy usługowej nie różni się od zwykłego sprzątania innych pomieszczeń w każdym szpitalu. Sama specyfika związana z wykonywanymi przez pracowników szpitala czynnościami w pomieszczeniach patomorfologii nie ma wpływu na proces sprzątania i dezynfekcji tych pomieszczeń.
Kwestionując wymagany przez Zamawiającego przedział czasowy, jaki powinien wykazać wykonawca ubiegający się przedmiotowe zamówienie, Odwołujący wyraził pogląd, że wymaganie posiadania doświadczenia przez 12 miesięcy narusza uczciwą konkurencję, ponieważ narusza prawo do ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmioty nowopowstałe na rynku, które dają rękojmię należytego wykonania usługi, ponieważ posiadają doświadczenie w realizacji w sposób ciągły i prawidłowy usług u podmiotów takich jak Zamawiający oraz stanowi naruszenie przepisów art. art. 22 ust. la w związku z art. 22 ust. 1b w związku z art. 22 d ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podobnym naruszeniem według Odwołującego, jest element warunku dotyczący wysokości otrzymywania rocznego wynagrodzenia na poziomie nie mniejszym niż 5.500.000,00 zł, który narusza przepisy art. art. 22 ust. 1a w związku z art. 22 ust. 1b w związku z art. 22 d ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ narusza prawo do ubiegania się o udzielenie zamówienia przez podmioty nowopowstałe na rynku, które dają rękojmię należytego wykonania usługi bo posiadają doświadczenie w realizacji w sposób ciągły i prawidłowy usług u podmiotów takich jak Zamawiający.
Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje szereg czynności składających się na realizację usługi, dlatego też w ramach warunków udziału i kwalifikacji, wykonawca powinien posiadać doświadczenie w zakresie świadczenia usług transportu wewnętrznego i usług pomocniczych. Według Odwołującego aby zapewnić Zamawiającemu bezpieczeństwo należytego wykonania umowy i zabezpieczenia interesu pacjentów, wykonawcy muszą posiadać doświadczenie w zakresie świadczenia usług transportu wewnętrznego i usług pomocniczych. Przedmiot zamówienia wymaga doświadczenia na obiektach takich jakie

prowadzi Zamawiający - gdzie istotnym elementem świadczenia usług jest prawidłowe wykonanie transportu wewnętrznego i usług pomocniczych. Są to usługi, które wymagają odpowiedniego doświadczenia aby zapewnić należytą jakość ich wykonania i nie narażać Zamawiającego, a tym samym pacjentów na szkodę lub konieczność ponownego rozpisywania przetargu. W celu wyeliminowania takiego ryzyka Odwołujący wskazał na konieczność modyfikacji warunków udziału w zakresie wymagania od Wykonawców

posiadania doświadczenia w wykonywaniu świadczenia usług transportu wewnętrznego i usług pomocniczych.
Odwołujący wniósł o zmianę postanowień rozdziału I pkt 6 pkt 3 SIWZ w taki sposób, aby otrzymały brzmienie: *„3. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający żąda:*
Minimalny poziom zdolności:-Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 1 usługę, odpowiadającą swym rodzajem ii wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których usługa została wykonana lub jest wykonywana oraz z załączeniem dowodów wskazujących, że usługa (usługi) została/y wykonana/e lub jest/są wykonywana/e należycie - załącznik Nr 4 Za jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna realizację przez okres co najmniej 6 miesięcy, na podstawie jednej umowy, usługi spełniającej łącznie następujące kryteria: kompleksowa usługa utrzymania czystości, transportu wewnętrznego oraz usług pomocowych w podmiocie leczniczym prowadzącym szpital i posiadającym w swojej strukturze bloki operacyjne i oddziały o charakterze zabiegowym, w którym ilość zarejestrowanych łóżek wynosi ≥ 400 i o łącznej powierzchni do utrzymania czystości ≥ 30.000,00 m2 i otrzymywanym wynagrodzeniu nie mniejszym niż i wartości już zrealizowanej usługi o wartości nie mniejszej niż 5.500.000,00 zł (pięć milionów pięćset tysięcy złotych). W przypadku składania oferty wspólnej, wykonawcy składający ofertę wspólną, ww. warunek muszą spełniać w ten sposób, że przynajmniej jeden z wykonawców będzie spełniał ten warunek w całości. Jeżeli na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia Wykonawca wykaże usługi będące w trakcie realizacji, na dzień składania ofert, muszą być one wykonywane co najmniej przez 6 miesięcy.”
W odniesieniu do zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał, iż w załączniku nr 4 do oferty (kolumna 2. wiersz 1 pkt b) Zamawiający podał, że ilość rbh świadczenia usług pomocniczych to 1178 rbh mc. Ponadto w rozdziale IV „Zakres Zmówienia” pkt 1 SIWZ przytoczył pkt. 5.7 i wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie usługi w zakresie transportu szpitalnego, a także, że w tym punkcie w ppkt 5.7.11, który stanowi: *„zamówienie obejmuje usługi pomocnicze przy pacjencie, tj. usługi opodatkowane stawki VAT zw. - dotyczy pkt 5.7.1.”* Zamawiający nieprawidłowo dokonał wskazania zakresu usług pomocniczych, ponieważ inne usługi, poza tymi które są wskazane w tym punkcie, a które są

wyliczone jako czynności w ramach realizacji zamówienia także stanowią usługi, które należy kwalifikować jako usługi pomocnicze. To po stronie Wykonawcy realizującego usługę, leży prawidłowe określeniu zakresu usług które są zwolnione od opodatkowania, przede wszystkim ze względu na fakt, że to Wykonawca ponosi odpowiedzialność karnoskarbową za ewentualne naruszenie przepisów prawa w tym zakresie. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego,

opis

przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest nadmierny i nieproporcjonalny do samego przedmiotu zamówienia.
Odwołujący stwierdził również, iż podana w załączniku nr 4 do oferty, kolumna 2. wiersz 1 pkt b ilość świadczenia usług pomocniczych tj. 1178 rbh mc stanowi czyn naruszający uczciwą konkurencję, przepisy ustawy Pzp oraz ustawy o podatku od towarów i usług, bowiem Zamawiający wskazując ilość godzin ogranicza, limituje zakres usług pomocniczych,

wskazując na to, że ich wysokość co miesiąc wynosić ma tyle samo godzin. Wykonawca wobec tego podczas kalkulacji ceny ofertowej, a następnie na etapie realizacji umowy narażony jest na odpowiedzialność karnoskarbową - bowiem trudno sobie wyobrazić aby co miesiąc liczba świadczonych usług pomocniczych była taka sama. Ich ilość zależy od faktycznych potrzeb szpitala i jeżeli w danym miesiącu będzie potrzeba świadczenia tych usług mniej to Wykonawca zmuszony będzie wystawić fakturę za ilość taką jaka jest w SIWZ narażając się na odpowiedzialność karnoskarbową, zaś w przypadku gdy Wykonawca wykona usług pomocniczych więcej niż 1178 rbh w miesiącu to poniesie stratę w postaci braku możliwości skorzystania ze zwolnienia podatkowego. Utrzymanie w mocy postanowień załącznika nr 4 do oferty (kolumna 2. wiersz 1 pkt b), wskazującego, że ilość rbh świadczenia usług pomocniczych to 1178 rbh mc w konsekwencji stworzy fikcję - która w przypadku nie wykonania wskazanego tu limitu godzin lub w przypadku jego przekroczenia naraża Wykonawcę na odpowiedzialność karnoskarbową. Takie postanowienia SIWZ naruszają zasadę uczciwej konkurencji.
Odwołujący dodał, iż w dniu 29 grudnia 2017 r. Minister Finansów wydał Interpretację Ogólną nr 522332/1, dotyczącą zakresu zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, tj. zwolnienia od podatku usług w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawy towarów i świadczenia usług ściśle z tymi usługami związanych, świadczonych na rzecz podmiotów leczniczych na terenie ich zakładów leczniczych, w których wykonywana jest działalność lecznicza. Przedmiotem interpretacji są czynności wykonywane w związku ze świadczoną przez podmioty lecznicze usługą w zakresie opieki medycznej, które realizowane są najczęściej w ramach outsourcingu przez podmioty zewnętrzne na rzecz placówek leczniczych na ich terenie w kontekście określenia ich charakteru oraz możliwości zastosowania

---

zwolnienia od podatku. Powyższy dokument w sposób wiążący określa zasady stosowania przez wykonawców stawki podatku VAT w wysokości „zw" na usługi oferowane zamawiającym podlegającym rygorom ustawy Prawo zamówień publicznych. Ma moc powszechnie obowiązującą i pierwszeństwo przed ustaleniami zawartymi w siwz. Mając na uwadze powyższe zmiany otoczenia prawnego, zdaniem odwołującego zapisy siwz w przedmiotowym postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego w zakresie ustalenia procentowego udziału usług pomocowych w całości zamówienia, są wadliwe.
Zdaniem Odwołującego wskazanie limitu ilości godzin na świadczenie usług pomocowych w opisie przedmiotu zamówienia ma charakter kluczowy, istotny - stanowiący punkt wyjścia w procesie kalkulacji ceny oferty dlatego też Zamawiający naruszył przepisy art. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 43 ust. 1 pkt 18a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. W tej sytuacji, aby w ogóle możliwe stało się złożenie ofert przez zainteresowanych Wykonawców konieczne jest doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wyeliminowanie z jego treści postanowień sprzecznych z prawem i tworzących po stronie Wykonawcy konieczność naruszenia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.
Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie sygn. akt KIO 857/15 oraz komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych pod redakcją Małgorzaty Stachowiak, iż *„Zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno, co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie",* a także wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 13 maja 2005 r., II Ca 109/05, niepubl.
Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do wykreślenia kwestionowanych przez niego postanowień SIWZ lub taką ich zmianę aby w załącznika nr 4 do oferty (kolumna 2. wiersz 1 pkt b) nie było ograniczenia dokonanego przez Zamawiającego w zakresie ilość rbh

świadczenia usług pomocniczych, a także aby z żadnego innego postanowienia SIWZ takie ograniczenie nie wynikało, a także, aby punkt 5.7.11 otrzymał brzmienie: „5.7.11 zamówienie obejmuje usługi pomocnicze przy pacjencie, tj. usługi opodatkowane stawką VA T zw.”

Jednocześnie Odwołujący wniósł aby postanowienia SIWZ przewidywały, iż to po stronie Wykonawcy jest pozostawiony sposób określenia wielkości udziału tzw. usług pomocowych w stosunku do całego przedmiotu zamówienia.
Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W piśmie tym Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz, w znacznej części, zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu, a także dokonał w tym zakresie zmiany postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający nie uwzględnił jedynie zarzutu dotyczącego okresu czasu i wartości usługi potwierdzającej doświadczenie wykonawcy. Zamawiający stwierdził, iż okres 12 miesięcy świadczenia usług na potwierdzenie warunku w zakresie doświadczenia jest proporcjonalny i odpowiedni do przedmiotu zamówienia, jest to okres minimalny, jaki może potwierdzać posiadanie przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia w zakresie ciągłego wykonywania usług. W ocenie Zamawiającego, z uwagi na szczególne cechy zamówienia jest to wymaganie wręcz niezbędne. Działalność Zamawiającego nie ma bowiem równomiernego charakteru w aspekcie czasu. Występują bowiem okresy charakteryzujące się większym natężeniem czynności i takie, w których jest ich mniej. W aspekcie czasu zmienia się też rodzaj wykonywanych czynności np. inne zimą a inne latem. Nadto niektóre czynności, np. inwentaryzacja, wykonywane są tylko raz w roku. Zamawiający stwierdził również, iż określenie wartości usług potwierdzających wiedzę i doświadczenie wykonawcy zostało zakwestionowane przez Odwołującego, jednak bez wskazania, jaka wartość byłaby odpowiednia. Według Zamawiającego określenie przez niego wymagania w tym zakresie na poziomie 42% szacunkowej wartości rocznej, stanowi minimum potwierdzające zdolności organizacyjne wykonawcy i pozwalające na stwierdzenie jego zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia. Jako dowód na tę okoliczność, Zamawiający wskazał wniosek o udzielenie zamówienia wraz z oszacowaniem, znajdujący się w dokumentacji postępowania.

Po zapoznaniu się m.in. z treścią SIWZ oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.
Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ została wypełniona materialnoprawna

przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w postaci interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia. W sytuacji, gdy kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ, zdaniem tego wykonawcy, naruszają przepisy prawa i uniemożliwiają mu złożenie oferty, to, w ocenie Izby, istnieje obiektywna potrzeba uzyskania rozstrzygnięcia, czy postanowienia te naruszają wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp.
Na posiedzeniu Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego. W związku z tym rozpoznaniu przez Izbę podlegały zarzuty naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy na skutek wprowadzenia w SIWZ wymogu, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego legitymowali się doświadczeniem w wykonaniu/wykonywaniu przez okres minimum 12 miesięcy, co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, na podstawie jednej umowy, za wynagrodzeniem rocznym nie mniejszym niż 5 500 000,00 zł.
Jak wynika z postanowień Rozdziału I pkt 16 SIWZ, zamówienie jest udzielane na okres 48 miesięcy. Z treści wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 4 stycznia 2018 r., protokołu postępowanie oraz stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego

na rozprawie wynika, iż wartość zamówienia podstawowego wynosi 51 304 582, 56 zł brutto, co oznacza, iż roczna wartość zamówienia wynosi 12 826 145,64 zł brutto. Oznacza to, iż wymagany przez Zamawiającego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, poziom otrzymanego przez wykonawcę wynagrodzenia, stanowi około 43% szacowanego rocznego wynagrodzenia. Odwołujący żąda zmniejszenia tego wynagrodzenia o połowę, czy do kwoty 2 750 000,00 zł, co oznacza, iż oczekuje, aby określić go na poziomie około 21% szacowanego rocznego wynagrodzenia, przy jednoczesnym utrzymaniu takiego samego wynagrodzenia miesięcznego, jak wynikające z podzielenia kwoty wynagrodzenia wskazanej przez Zamawiającego na 12 miesięcy.
W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy za sprawą wprowadzenia zakwestionowanych przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Wskazuje na to w szczególności:
Z treści Rozdziału XIX SIWZ wynika, iż Zamawiający przekaże Wykonawcy bieliznę szpitalną w dniu rozpoczęcia realizacji umowy inwentaryzacją zdawczo-odbiorczą oraz raz w roku przeprowadzi inwentaryzację kontrolną przekazanej bielizny szpitalnej. Wykonawca jest zobowiązany do uzupełnienia ubytków w zakresie tej bielizny w terminie 80 dni od przekazania przez Zamawiającego informacji ze wskazaniem ilości ubytków. Oznacza to, zdaniem Izby, że

wykonawca musi mieć doświadczenie w zarzadzaniu i rozliczaniu się z takiego mienia. Zamawiający wskazał, iż tego rodzaju zakres usług rodzi bardzo często spory z wykonawcą. Tym samym, podnoszony przez Odwołującego sam fakt, przejęcia odzieży, bez doświadczenia w gospodarowaniu i rozliczaniu się z tego mienia, nie potwierdza doświadczenia w tym zakresie.
Z wypowiedzi Zamawiającego na rozprawie wynika, iż raz w roku sporządzane jest przez niego, na podstawie danych uzyskanych od wykonawcy, sprawozdanie do Sanepidu dotyczące zużycia środków dezynfekcyjnych. Może ono być przedmiotem zastrzeżeń zgłoszonych przez Sanepid, który może np. stwierdzić, iż w niektórych obszarach jest za małe zużycie tych środków, a to skutkuje koniecznością wprowadzenia zmian w Planie Higieny. Takie zmiany muszą być także wprowadzone w przypadku zaleceń np. w razie epidemii czy pandemii. Oznacza to, że wykonawca musi mieć doświadczenie w dostosowaniu się do stanowiska m.in. Sanepidu, jak również powinien być zdolny do przejęcia konsekwencji, także administracyjnych, w przypadku zastrzeżeń zgłaszanych np. przez Sanepid, bowiem stosownie do paragrafu 3 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, obowiązkiem wykonawcy jest przejęcie odpowiedzialności za stan sanitarno-epidemiologiczny obiektów Zamawiającego. Odwołujący nie zaprzeczył takiemu stanowisku, lecz podał, m.in. iż skoro wykonawca jest obowiązany sporządzić Plan Higieny, to jest także w stanie dokonać w nim zmian. W ocenie Izby, nie oznacza to jednak, iż Odwołujący ma doświadczenie w zakresie odpowiedniego reagowania na zastrzeżenia Sanepidu. Ze stanowiska Zamawiającego wynika także, iż wysiłek ekip sprzątających nie jest równomierny na przestrzeni roku, jest on zwiększony w okresach epidemicznych np. wiosna, lato, jak również w okresie zimowym, kiedy jest to związane z usuwaniem błota, śniegu, zwłaszcza w ciągach komunikacyjnych. Nadto realizacja zamówienia wymaga zatrudnienia setek pracowników, co oznacza, że wykonawca musi mieć doświadczenie w organizacji pracy takiej grupy, z uwzględnieniem absencji związanej z chorobami lub urlopami, jak również okresami świątecznymi.
Powyższe, w ocenie Izby, potwierdza, że podmiot podejmujący się wykonania zamówienia, dla zagwarantowania wykonania w należyty sposób całego zamówienia, trwającego 48 miesięcy, powinien mieć odpowiednie doświadczenie w wykonywaniu podobnych usług w pełnym zakresie i z możliwością oceny wykonania takiego pełnego zakresu usług. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że okres pełnego roku wykonywania umowy, jest okresem minimalnym dla stwierdzenia istnienia takiego doświadczenia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż fakt, iż o przedmiotowe zamówienie samodzielnie nie będą mogły się ubiegać podmioty nowopowstałe, niemające 12 miesięcznego doświadczenia w świadczeniu tego rodzaju usług, narusza przepisy art. 22 ust. 1a w związku z art. 22 ust. 1b w związku z art. 22d w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wbrew stanowisku Odwołującego, okoliczność, iż takie podmioty np. aktualnie świadczą podobne usługi, jednak przez okres krótszy, nie pozwala na przyjęcie, iż mają wystarczające, proporcjonalne do niniejszego przedmiotu zamówienia, doświadczenie w świadczeniu tego rodzaju usług w sposób ciągły. Odwołujący w swoich argumentach skupił się na wykazaniu np. za sprawą trzech referencji, wystawionych dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, że aktualnie należycie wykonuje usługi. Tymczasem wszystkie trzy referencje dotyczą wykonywania usług od 2017 r. i przez okres krótszy niż rok. W ocenie Izby nie potwierdzają zatem doświadczenia dotyczącego wszystkich 12 miesięcy roku. Odwołujący, jakkolwiek w odwołaniu wspomniał, iż „być może" tylko jeden z działających na rynku wykonawców będzie w stanie złożyć ważną ofertę, to jednak nie podjął nawet próby wykazania, iż postawiony przez Zamawiającego warunek powoduje, iż tylko jeden wykonawca będzie w stanie złożyć ofertę. Nadto referencje wskazują na podmiot o nazwie Impel Cleaning sp. z o.o. tj., według oświadczenia Odwołującego, wcześniejszej nazwy spółki, przy czym, jak wynika ze złożonego wraz z odwołaniem odpisu z KRS, chodzi o spółkę powstałą w 2001 r., a zatem nie będącą podmiotem nowopowstałym.
Stosownie do art. 22 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z ust 1a tego przepisu zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie natomiast z ust. 1b tego przepisu warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. zdolności technicznej lub zawodowej.
Zamawiający nie jest zobowiązany do dookreślenia wszystkich warunków określonych w art. 22 ust. 1b ustawy. Powinien to ustalić jedynie te, które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia. Zamawiający musi to uczynić w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, mając na uwadze, iż mają one wpływ na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie. Celem ich wprowadzenia jest bowiem przede wszystkim zapewnienie możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, a zatem muszą one być adekwatne i konieczne do osiągnięcia tego celu. Przyjmując, iż określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję", należy także, w ocenie Izby mieć na uwadze, iż nie tylko nie mogą one być zbyt wygórowane, ale też nie mogą być zbyt niskie. W każdym bowiem takim przypadku mogłyby naruszać uczciwą konkurencję. W pierwszym przypadku przez

---

nadmierne zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, natomiast w drugim przypadku, przez nadmierne rozszerzenie kręgu wykonawców, także o takich, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia, z uwagi na to, iż np. nie mają wystarczającego doświadczenia, rozumianego jako umiejętność zdobyta i ugruntowana w praktyce, aby przyjąć, iż dają rękojmię należytego wykonania zamówienia.
W ocenie Izby Zamawiający wykazał zasadność wprowadzonego warunku w postaci doświadczenia, jak również jego proporcjonalność do przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, iż proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zarówno ich wartościową, jak też terminową adekwatność do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał natomiast, iż postawiony przez Zamawiającego warunek narusza wskazane przez niego przepisy ustawy. Zdaniem Izby 12 -miesięczny okres wymaganego doświadczenia, w przypadku zamówienia udzielanego na 48 miesięcy, jak również wartość zrealizowanych usług na poziomie mniejszym, niż 50% szacowanego rocznego wynagrodzenia, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie jest wymogiem nadmiernie wygórowanym, naruszającym zasady określone w art. art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wprowadzony przez Zamawiającego warunek nie eliminuje bowiem w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Okoliczność, iż przedmiotowy warunek udziału w postepowaniu oznacza, iż o zamówienie nie mogą ubiegać się wszystkie podmioty działające na rynku, w tym samodzielnie Odwołujący, nie oznacza, iż winien on być traktowany, jako utrudnienie uczciwej konkurencji, jak również nie oznacza, że jego wprowadzenie wykracza poza realizację celu, któremu ma służyć, tj. dopuszczenia do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy dają rękojmię prawidłowej realizacji

zamówienia. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż zważywszy na przedmiot zamówienia i warunki jego świadczenia, warunek ten został określony na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do jego należytego wykonania. Należy, zdaniem Izby, zauważyć, iż określenie poziomu doświadczenia na zbyt niskim poziomie, może skutkować tym, iż wybrany zgodnie z kryteriami oceny ofert, według których cena stanowi 60% i termin płatności stanowi 40% (Rozdział 1 pkt 9 SIWZ), wykonawca, który zaoferował najniższą cenę i najkrótszy termin płatności, nie będzie w stanie należycie wykonać przedmiotu zamówienia.
Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu. Odwołujący nie przedstawił argumentów ani dowodów uzasadniających zmianę kwestionowanego przez niego warunku udziału w postępowaniu, nie wykazał istnienia obiektywnych okoliczności uzasadniających zarzuty. Dokumenty przedłożone przez Odwołującego na rozprawie, tj. poświadczone z zgodność z oryginałem przez pełnomocnika trzy referencje, jak również kserokopie umów pozostają bez wpływu na rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania. Nie

---

potwierdzają one bowiem, iż Odwołujący legitymuje się doświadczeniem na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, który to poziom należy uznać za uzasadniony.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w związku z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 Nr 41, poz. 238 z późn zm.).

Przewodniczący: ……..