

Warszawa, 20 czerwca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **17 czerwca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **3 czerwca 2024 r.**

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Citonet-Łódź” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi* (ZP/94/2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi** [„Zamawiający”]

przy udziale współuczestników po stronie Zamawiającego: **PPHU ATU Service s.c. AW, J.K.** [„Przystępujący”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

- 1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania** oraz **łącznie kwotę 3986 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Przystępującego,**
- 2)zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3986 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy).

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi* (ZP/94/2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 11 października 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 196 pod poz. 613514.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

22 maja 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej wspólnie przez „Citonet-Łódź” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu {dalej: „Konsorcjum”} oraz o unieważnieniu postępowania.

3 czerwca 2024 r. Konsorcjum {dalej również: „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 16 pkt 1 – przez odrzucenie oferty Konsorcjum.
- 2.Art. 255 pkt 3 – przez unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
- 2.Unieważnienia odrzucenia oferty Konsorcjum.
- 3.Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z uzasadnienia odwołania wynika następujące sprecyzowanie samoistnego zarzutu z pkt 1. powyżej.

{okoliczności faktyczne}

Z pkt IX.II.4. SWZ, tabeli nr 5 załącznika nr 3 do SWZ oraz załącznika nr 9 do SWZ wynika, że wykonawca wykazał spełnienie warunku posiadania zdolności technicznych i zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia, jeśli w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał dla szpitala co najmniej jedną usługę odpowiadającą zakresowi przedmiotu zamówienia (jednak nie musi ona obejmować

prania chemicznego) w ramach jednej umowy, o wartości brutto min. 2 mln zł, którą wskaże w wykazie usług z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączy dowody określające, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym mogą to być referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy).

Skoro mowa jest o wartości usługi bez zastrzeżenia, że chodzi o wartość wystawionych faktur z tytułu realizacji umowy, uprawniony jest wniosek, że może to być wartość nominalna wynikająca z treści umowy.

1 grudnia 2023 r. Konsorcjum złożyło wykaz usług, w którym wykazało odpowiadającą zakresowi przedmiotu zamówienia usługę wykonaną na rzecz SPZOZ MSWiA w Łodzi na podstawie umowy nr 93/19 zawartej 25 marca 2019 r., przedłużonej aneksem z 25 lutego 2022 r., której należyte wykonanie ten zamawiający listem referencyjnym z 1 sierpnia 2022 r.

Dodatkowo na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum 25 stycznia 2024 r. wyjaśniło, że wskazana w wykazie i referencjach wartość 2.971.151,54 zł dotyczy całego przedmiotu zamówienia objętego tą umową, a bez wartości obłożeń operacyjnych wynosiła 2.008.753,36 zł, z tym że wartość wystawionych z tytułu wykonania tej umowy faktur była niższa i wynosi odpowiednio 2.481 735,98 zł i 1 822 766,36 zł.

17 maja 2024 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, Konsorcjum złożyło poprawiony wykaz usług obejmujący dodatkowo usługę wykonywaną na rzecz SPZOZ MSWiA w Łodzi na podstawie umowy nr 247/22 zawartej 1 lipca 2022 r., dla której wskazano wartość zrealizowaną (zafakturowaną) według stanu na dzień poprzedzający termin składania ofert, tj. 13 listopada 2023 r. Do tak uzupełnionego wykazu usług zostały załączone listy referencyjne, w których SPZOZ MSWiA w Łodzi potwierdził ich należyte wykonanie.

Łączna wartość usługi (bez dostawy obłożeń) zrealizowana (zafakturowana) w okresie od 25 marca 2019 r. do 13 listopada 2023 r. wynosi 2.776 606,73 zł (1.822.766,36 zł + 953.840,37 zł), a zatem przekracza wymagane w SWZ 2 mln zł.

Zamawiający stwierdził, że *Wykonawca w złożonych dokumentach potwierdził wykonanie usługi na kwotę 1 822 766,36 zł, co nie potwierdza spełnienia przedmiotowego warunku i odrzucił ofertę Konsorcjum, wskazując jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp.*

Ponieważ cena drugiej ze złożonych ofert przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. art. 255 pkt 3 ustawy pzp.

{okoliczności prawne}

W niniejszej sytuacji, zdaniem Izby, możliwe jest zakwalifikowanie następujących po sobie umów i aneksów jako jednej usługi, gdyż stanowią jedną funkcjonalną całość i były wykonywane bez przerwy, bezpośrednio jedna po drugiej, a samo ich wykonanie w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania usługi zleconej na podstawie jednej umowy. Zatem, skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził, ograniczenie jednej usługi do jednej umowy nie wydaje się właściwe. Przy tym charakter tej usługi nie pozwala odnieść oceny doświadczenia wykonawcy do tego, czy potrafi on udźwignąć ciężar jednorazowego wykonania zamówienia, co mogłoby dyskwalifikować tak zdobyte doświadczenie, gdyż istotą tej usługi jest rozłożenie jej świadczenia w czasie. Niezależnie od sposobu, w jaki doszło do zawarcia umowy, tj. czy była ona wynikiem przetargu, aneksu do umowy, zamówienia z wolnej ręki) istotne jest, w jaki sposób i w jakim rozmiarze zadanie to zostało wykonane, a więc de facto jako jedna „ciągnąca się” usługa [z uzasadnienia wyroku Izby sygn. akt KIO/UZP 887/09].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, że ponieważ obie wskazane w uzupełnionym wykazie umowy stanowią jedną funkcjonalną całość, na ich podstawie te same świadczenia są wykonywane bez przerwy, w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej mogą być traktowane jak jedna usługa, tj. jak usługa w ramach jednej umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 17 czerwca 2024 r. uwzględnił w całości odwołanie, gdyż podzielił pogląd wynikający z orzeczenia przywołanego w odwołaniu, że jeśli kolejne zamówienia tworzą funkcjonalną i czasową całość, można je uznać za zamówienie objęte jedną umową.

Według Zamawiającego podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 10 października 2023 r.: ...zasadą jest, że warunek udziału w postępowaniu winien abstrahować od okoliczności, które są następstwem przypadku, a powinien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia. W razie przyjęcia niedopuszczalności uznania za jedną usługę świadczenia kontroli biletów na rzecz tego samego podmiotu, na podstawie kolejno po sobie następujących umów, pozostających w bezpośrednim

związku, uznanie lub nie warunku udziału w postępowaniu za spełniony byłoby następstwem przypadku. Warunek uznany byłby bowiem za spełniony, gdyby świadczenie usługi na podstawie jednej umowy rozłożyło się w czasie w ten sposób, że taka sama umowa o wymaganej wartości która „wpasowała” się w trzyletni okres byłaby wystarczająca dla potwierdzenia spełnienia warunku, podczas gdy identyczne doświadczenie, jeśli chodzi o przedmiot i zakres, a wynikające z dwóch umów, które przypadły w tym samym okresie i poza niego wykroczyły, już nie spełniałoby warunku, tylko dlatego, że odmiennie rozłożyłoby się w czasie. W takim wypadku, wykonawca, który wykonał takie same czynności na podstawie więcej niż jednej umowy dla jednego odbiorcy (a zatem także w sytuacji, gdy jego doświadczenie jest w rzeczywistości większe) byłby w gorszej sytuacji od tego podmiotu, któremu zdarzyło się wykonać jedną umowę, ale wkomponowaną dokładnie w trzyletni okres.

Zamawiający wyraził w podsumowaniu przekonanie, że w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przyjęcie takiej interpretacji warunku doświadczenia, która prowadziłoby do odrzucenia oferty Konsorcjum, jak to pierwotnie uczynił, stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przystępujący pismem z 17 czerwca 2024 r. zgłosił sprzeciw co do powyższej czynności Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

W kolejnym piśmie z 17 czerwca 2024 r. Przystępujący przedstawił obszerną argumentację, w szczególności obejmującą szczegółowy opis dotychczasowego przebiegu badania spełniania przez Konsorcjum warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej, którego brzmienie zostało z kolei przedstawione z uwzględnieniem kontekstu przedmiotu zamówienia. Oprócz tego przedstawiono również obszerną argumentację prawną.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi zgłoszony sprzeciw Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację, a w imieniu Zamawiającego nikt nie stawiał się.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutem odwołania odrzuceniem jego oferty i unieważnieniem postępowania może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie tego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedmiotem tego zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej, zgodnie z uszczegółowieniem wynikającym z załącznika nr 2 – Formularza asortymentowo-cenowego i załącznika nr 3 – Opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} [patrz pkt IV.1. SWZ].

W ramach Opisu przedmiotu zamówienia w szczególności następująco doprecyzowano zakres usługi: *Na przedmiot zamówienia składa się w szczególności: Kompleksowa usługa prania bielizny szpitalnej (dalej zwaną bielizną), która obejmuje między innymi: 1. pranie dezynfekcję, sterylizację, czyszczenie chemiczne, suszenie, maglowania, prasowanie, 2. naprawę bielizny, tj. m.in. (...) 3. segregację i pakowanie, 4. prowadzenie bieżącej selekcji bielizny (...), 5. transport rozumiany jako odbiór bielizny brudnej i dostawę bielizny czystej, 6. oznakowanie bielizny Szpitala w celu jej identyfikacji, 7. zabezpieczenie Szpitala w system automatycznej identyfikacji i zliczania bielizny wraz z oprogramowaniem i sprzętem, umożliwiający prawidłowe wykonanie usługi w okresie trwania umowy oraz montaż urządzeń w pomieszczeniach Szpitala, 8. przeprowadzenie przez Wykonawcę w siedzibie Zamawiającego szkoleń pracowników obsługujących magazyny bielizny „czystej” i „brudnej” we wszystkich lokalizacjach w zakresie obsługi dostarczonego Systemu automatycznej identyfikacji i zliczania bielizny (...) [patrz pkt I.A. załącznika nr 3 do SWZ].*

Zamawiający w następujący sposób określił warunek udziału dotyczący zdolności zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp: *(...) Wykonawca wykaże spełnienie warunku, jeśli w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał dla szpitala co najmniej jedną usługę w ramach jednej umowy, odpowiadającą zakresowi przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem, że Zamawiający nie wymaga wykazania usługi w zakresie prania chemicznego, o wartości brutto min. 2.000.000,00 PLN [patrz pkt IX.11.4., lp. 3 tabeli na str. 11. SWZ].*

Zamawiający jednoznacznie zatem sprecyzował, że wymaga doświadczenia w należyтым wykonaniu usługi prania dla szpitala o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł w ramach jednej umowy.

Co istotne Zamawiający nie posłużył się samym terminem „usługa”, ale dookreślił ją jako usługę wykonywaną w ramach jednej umowy. Tymczasem stosownie do definicji zawartej w art. 7 pkt 32 ustawy pzp przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Odpowiada to również cywilistycznemu rozumieniu umowy.

Przy czym należy domniemywać, że Zamawiający określił ten warunek w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wyrażając wymagany minimalny poziom zdolności zawodowej, czyli zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 112 ust. 1 ustawy pzp. Tak sformułowany warunek nie był bowiem przedmiotem zaskarżenia i stał się wiążący zarówno dla Zamawiającego, jak i wszystkich potencjalnych wykonawców.

Nie tylko wykonawca, lecz również zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować, bowiem stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regułami ww. ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji [z uzasadnienia wyroku Izby z 19 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 621/19]. De lege lata zasady te zostały wyrażone w art. 16 pkt 1 ustawy pzp.

Niezależnie od powyższego na celowość użycia w treści warunku frazy „w ramach jednej umowy” wskazuje, że Zamawiający w innym aktualnie prowadzonym postępowaniu na zbliżoną konstrukcyjnie, bo dotyczącą świadczenia ciągłego, usługę żywienia: *Zamawiający uzna za spełnienie warunku dot. załącznika nr 14, jeśli Wykonawca przedstawi, iż wykonał minimum 1 usługę przygotowywania i dystrybucji posiłków dla pacjentów w szpitalu. Usługa wykonana lub wykonywana w sposób ciągły przez okres minimum 24 miesięcy, o wartości brutto minimum 2 000 000,00 PLN, w tym usługa wykonania minimum 100 000 posiłków tj. obiadów dwudaniowych dla pacjentów* [pkt XII.11.9. na str. 18. SWZ ZP/57/2024 –<https://platformazakupowa.pl/transakcja/921080>].

Prawem zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście, zaś o złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia [z uzasadnienia wyroku Izby z 2 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1087/23].

W doktrynie wskazuje się, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie [np. w uzasadnieniu wyroku z 8 maja 2019 r. sygn. akt KIO 744/19] podkreślała, że sposób określenia warunków udziału w postępowaniu ma na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Izba zwróciła uwagę, że warunki udziału określone w danym postępowaniu kształtują pewien wzorzec wykonawcy, któremu zamawiający może powierzyć realizację zamówienia. Wzorzec ten określają cechy dobrane w sposób obiektywny – powiązany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, zapewniający dostęp do zamówienia tylko tym wykonawcom, którzy gwarantują zamawiającemu, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z celem danego postępowania.

Podkreślić należy, że ustawodawca pozostawił zamawiającym swobodę w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu, stwierdzając jedynie, że warunki takie muszą być określone przez zamawiającego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, ja k również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku udziału w postępowaniu [z uzasadnienia wyroku Izby z 10 maja 2022 r. sygn. akt KIO 1093/22].

Nieadekwatne jest wskazywane przez Odwołującego i Zamawiającego orzecznictwo, które dotyczyło odmiennych stanów faktycznych, których wspólnym mianownikiem i zarazem zasadniczą różnicą w stosunku niniejszej sprawy było brak dookreślenia, że chodzi o usługę w ramach jednej umowy.

Wielokrotnie Izba wskazywała, iż to treść literalna warunku stanowi o jego znaczeniu. Wypada przytoczyć dłuższy fragment uzasadnienia wyroku z 3 marca 2023 r. sygn. akt KIO 432/23, w którym Izba trafnie wyjaśnia wagę słów użytych w SWZ:

Pierwszą i podstawową wykładnią treści dokumentów, w tym treści warunków udziału w postępowaniu, jest wykładania językowa (literalna). Sąd Najwyższy wskazał na pierwszeństwo stosowania wykładni językowej. Nie można odchodzić od wykładni językowej na rzecz innych wykładni, bowiem powodowałoby to, że oświadczenia byłyby odczytywane wbrew nadanemu im brzmieniu, powodując brak zaufania niezbędnego w obrocie gospodarczym. Istotą sporu pomiędzy stronami była treść warunku udziału w postępowaniu, do którego referuje punkt 10.1.5 SWZ i w konsekwencji prawidłowość oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wskazanych Wykonawców. Sporna

treść warunku dotyczyła sformułowania: „co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł netto”.

W niniejszym postępowaniu treść warunku jest jasna. Stwierdzenie (zawarte w treści warunku udziału w postępowaniu, do którego referuje pkt 10.1.5 SWZ) oznacza, że wykonawca, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, był zobowiązany przedstawić w wykazie usług przynajmniej jedną usługę, której wartość wynosi 1.000.000,00 zł netto (lub o wartości wyższej niż 1.000.000,00 zł netto). Zatem minimalny obowiązek wynikający z treści warunku, to przedstawienie w wykazie usług jednej usługi, której wartość wynosi 1.000.000,00 zł netto. Nie jest prawidłowa interpretacja Zamawiającego, że określenie „co najmniej jedną usługę o wartości co najmniej 1.000.000,00 zł netto” oznacza, że wykonawcy mogli legitymować się wykazem wielu usług, których łączna wartość wyniosłaby 1.000.000,00 zł netto.

Zamawiający pomija słowo „jedną” w tym wyrażeniu. Jest ono istotne, bowiem ono właśnie wskazuje, że jedna z usług (w wykazie), musiała mieć wartość 1.000.000,00 zł netto lub wyższą. Zawarcie określenia „co najmniej jedną usługę” w treści warunku oznacza, że wykonawcy mogli legitymować się wykazem wielu usług, przy czym pełne brzmienie warunku oznacza (jak wskazano powyżej) minimalny obowiązek wynikający z treści warunku przedstawienia w wykazie usług jednej usługi, której wartość wynosi 1.000.000,00 zł netto, lub jest wyższa od tej kwoty.

Zamawiający celowo nie użył sformułowania „na podstawie jednej umowy”, a „jedna usługa”[patrz uzasadnienie wyroku Izby z 21 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3263/22].

Zamawiający w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu posługuje się sformułowaniem „usługi”, niemniej nie definiuje ani nie precyzuje tego pojęcia. Zamawiający nie przyjął na potrzeby postępowania definicji pojęcia usługi jako wykonania zadania na podstawie jednej umowy, jednego zamówienia czy też jednego projektu. Jeśli zatem takiego zastrzeżenia nie było, zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zastrzyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu. Interpretacji pojęcia „usługa” należy dokonywać w kontekście konkretnego zamówienia i brzmienia SIWZ [z uzasadnienia wyroku Izby z 4 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2352/19].

A contrario zatem, jeśli Zamawiający w SWZ uczynił takie zastrzeżenie, czyli wymagał usługi w ramach jednej umowy, jest to dopuszczalne i prawnie skuteczne. Desygnat terminu „jednej usługi w ramach jednej umowy” nie pozostawia miejsca na wątpliwości co do interpretacji językowej.

Na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum 12 stycznia 2023 r. złożyło wykaz usług podpisany o godz. 9:49 i referencje. W wykazie wskazało usługę wykonywaną od 25 marca 2019 r. do 1 lipca 2022 r. Tego samego dnia Konsorcjum przesłało kolejny wykaz usług, tym razem podpisany o godz. 13:06, tym razem wskazując na okres od 14 listopada 2020 r. do 1 lipca 2022 r.

Z treści tego drugiego dokumentu wynikało, że objęta wykazem i jednocześnie treścią referencji usługa obejmuje bowiem nie tylko wymaganą usługę prania, ale także dostawę obłożeń operacyjnych, czyli zupełnie inne świadczenie niż pranie.

W ramach powtórzonych czynności Zamawiający 19 stycznia 2024 r. wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia odnośnie postawionego przez Przystępującego zarzutu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Konsorcjum w złożonych 25 stycznia 2024 r. wyjaśnieniach twierdziło, że wykonało usługę prania o wartości 2.008.753,36 zł.

Jednakże Przystępujący w drodze dostępu do informacji publicznej uzyskał od powyższego zamawiającego m.in. właśnie potwierdzenie, że w całym okresie realizacji umowy nr 93/19 wartość usługi prania wyniosła mniej niż 2 mln zł, tj. 1.818.624,04 zł. A następnie pismem z 20 marca 2024 r. przekazał tak uzyskane informacje Zamawiającemu.

10 kwietnia 2024 r. Zamawiający po raz kolejny wezwał do złożenia wyjaśnień Konsorcjum, które dopiero w wyjaśnieniach z 12 kwietnia 2024 r. przyznało, że wartość wykonanej przez nie usługi prania na rzecz szpitala MSWiA w ramach realizacji umowy nr 93/19 wyniosła jedynie 1.822.766,36 zł.

Reasumując, poza wszelkim sporem jest fakt, że w ramach realizacji umowy nr 93/19 Konsorcjum nie osiągnęło minimalnie wymaganego od wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie minimalnego poziomu zdolności zawodowej określonego jako należyte wykonanie usługi odpowiadającej zakresowi przedmiotu zamówienia o wartości 2 mln zł brutto.

Natomiast sformułowany w odwołaniu zarzut zmierza *de facto* do ustalenia alternatywnej treści warunku dotyczącego zdolności zawodowej, wbrew jednoznacznemu brzmieniu postanowień SWZ, które nie zostały w stosownym czasie zakwestionowane przez Konsorcjum.

Dotychczasowy przebieg postępowania wskazuje, że Konsorcjum – które przed upływem terminu składania ofert nie zgłaszało żadnych zastrzeżeń co warunkowi, choć powinno było wiedzieć, że go nie spełnia – usiłuje przerzucić skutki niedołożenia należytej staranności profesjonalisty w dbaniu o własny interes gospodarczy na Zamawiającego.

Co więcej, Konsorcjum z pełną świadomością wprowadziło w błąd Zamawiającego, prezentując informacje w taki sposób, aby potwierdzały spełnienie warunku, zresztą skutecznie. Dopiero kiedy na skutek działań Przystępującego

Konsorcjum zostało zmuszone do podania prawdziwych informacji, zaczęło się domagać oceny spełniania warunku w sposób oczywiście sprzeczny z jego brzmieniem.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

Normy prawna wynikające z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b-c ustawy pzp nakazują zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub takiego, który nie złożył w przewidzianym terminie m.in. podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Przy czym skoro na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu za pomocą określonych środków dowodowych, również w przypadku niepodań temu formalnemu obowiązkowi, wykonawcę należy uznać za niespełniającego tych warunków. Innymi słowy Zamawiający ma uprawnienie i obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, gdy stwierdzi, że wbrew złożonemu oświadczeniu wstępnemu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub wbrew treści złożonego środka dowodowego, w rzeczywistości wykonawca nie spełnia tych warunków.

Taka sytuacja – jak wynika z powyżej poczynionych ustaleń – wystąpiła w tej sprawie, gdyż okazało się, że stanowiące podmiotowy środek dowodowy oświadczenie własne Przystępującego nie dotyczy potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w kształcie, w jakim został określony w SWZ.

Jednocześnie ponieważ sytuacja ta dotyczy podmiotowego środka dowodowego, który był już uzupełniany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu ma charakter definitywny.

Niezależnie od powyższego w kontekście argumentacji prawnej Przystępującego, znacząco wykraczającej poza czynność Zamawiającego, której zasadności mógł bronić dzięki zgłoszonemu sprzeciwowi, czyni celowym wskazanie również na zawarte w art. 555 ustawy pzp (poprzednio w art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.) uregulowanie, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

W orzecznictwie Izby takie stanowisko należy uznać za utrwalone. *Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść [z uzasadnienia wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23].*

Innymi słowy, Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to nie mogą być one brane przez Izbę pod uwagę jako spóźnione i to również w sytuacji, gdy Odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi. korzyść [z uzasadnienia wyroku z 26 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 719/22].

Zwięźlej ujęto w uzasadnieniach poniżej wskazanych wyroków Izby. *Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut [wyrok z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazanie przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut*

musi być skonkretyzowany [wyrok z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu [wyrok z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Co istotne, Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych, który wręcz rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Przystępującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu w związku z wyznaczonym posiedzeniem, potwierdzone złożonym spisem kosztów wraz z rachunkami, orzeczono – jak w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 i § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b, d 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. poz. 2437) – obciążając nimi Odwołującego.