Sygn. akt:KIO 576/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2024 r. przez wykonawcę **PPHU A`TU Service s.c. A.W., J.K.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Citonet – Łódź sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S. A. z siedzibą w Toruniu**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę PPHU A`TU Service s.c. A.W., J.K. iżalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PPHU A`TU Service s.c. A.W., J.K. 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 576/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie kompleksowej usługi prania i dzierżawy bielizny szpitalnej dla Centralnego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi” (znak postępowania: ZP/94/2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2023 r. pod nr 2023/S 196-613514.

W dniu 21 lutego 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył Wykonawca PPHU A`TU Service s.c. A.W., J.K. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

1. ponownego badania i oceny ofert,
2. braku odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum Citonet-Łódź sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.,
3. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 5 w związku z art. 7 pkt. 7 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego należytego zweryfikowania podmiotowego środka dowodowego i jego wyjaśnień, podczas gdy w przypadku wątpliwości Zamawiającego co do treści złożonego środka podmiotowego i złożonych na wezwanie wyjaśnień nie potwierdzających wprost spełnienia warunku udziału Zamawiający winien wystąpić do podmiotu wystawiającego referencje lub odrzucić ofertę wykonawcy, który nie potwierdził spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum Citonet - Łódź sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A jako oferty złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 522 ust. 2 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5, 6 w związku z art. 106 ust. 1,3 i art. 107 ust. 2 oraz art. 16 pkt.1 i art. 7 pkt. 29 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum Citonet - Łódź sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
4. art. 522 ust. 2 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w sposób prawidłowy z uwzględnieniem warunków zamówienia, w tym wymagań SWZ,
3. dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum: Citonet-Łódź sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A.,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.
Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, jest bowiem jednym z oferentów tego postępowania, jego oferta jest druga w liście rankingowej, a w przypadku prawidłowego przeprowadzenia postępowania jego oferta będzie w rankingu ofertą najkorzystniejszą. Skutkiem utrzymania dokonanych przez Zamawiającego zarzucanych naruszeń przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniesie szkodę w postaci braku zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zysku z wykonania tego kontraktu (lucrum cessans) w sytuacji, gdy jego oferta została wniesiona prawidłowo, odpowiada treści SWZ i jest najkorzystniejszą zgodnie z ustanowionymi kryteriami.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 13 lutego 2024 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 21 lutego 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.
Stanowisko Odwołującego:
W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący na wstępie przypomniał, iż w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było już rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej. Skutkiem uznania odwołania w całości przez Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 29 grudnia 2023 r., za sygn. akt KIO 3766/23 umorzyła postępowanie w trybie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący dodał przy tym, że Zamawiający powtórzył wprawdzie czynność badania i oceny ofert, ale powtórzona czynność była wadliwie przeprowadzona.
W pierwszej kolejności, Odwołujący wskazał, że Konsorcjum: Citonet - Łódź sp. z o.o. i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. złożyło ofertę w sposób wadliwy, niezgodny z treścią SWZ (Odwołujący przywołał treść Rozdziału XIV SWZ pkt 8 – Opis sposobu przygotowania oferty, Rozdziału XIV.1 SWZ Wymagane dokumenty i oświadczenia, które należy złożyć z ofertą, Rozdziału XV.I SWZ Złożenie oferty pkt 6, pkt. III ppkt1 Formularza ofertowego - Załącznik nr 1 do SWZ). Oferta Konsorcjum nie została złożona w sposób prawidłowy, gdyż do Formularza ofertowego niezgodnie z wymogiem zamówienia, wskazanym w formularzu nie załączono załącznika nr 3 Formularza ofertowego, wypełnionego i podpisanego przez uprawnioną do reprezentowanie Konsorcjum osobę. Brakujący element oferty Konsorcjum, załącznik nr 3, zawierał oświadczenia Wykonawcy w zakresie wymogów realizacji usługi i wymagań. Braku takiego nie da się konwalidować i nie podlega uzupełnieniu. Jak nadto podniósł Odwołujący, skoro Zamawiający uznał zarzut, to jedyną czynnością, nie tylko formalnie poprawną, ale co istotniejsze zgodną z przepisami ustawy, a więc realizującą obowiązek Zamawiającego podejmowania decyzji w oparciu prawidłowo podjęte decyzje materialnoprawne było odrzucenie takiej oferty. Działań takich Zamawiający nie podjął.
Poza tym, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający powtórzył badanie oferty i w tym zakresie wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia zarzutu braku spełnienia przez jego ofertę określonego w SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający niewłaściwie jednak dokonał oceny tak powtórzonego badania w tym zakresie.
Jak podał Odwołujący, Zamawiający wezwał Konsorcjum pismem z dnia 19 stycznia 2024 r. do wyjaśnienia w zakresie złożonego podmiotowego środka dowodowego – Wykazu usług a Konsorcjum pismem z dnia 25 stycznia 2024 r. złożyło wyjaśnienia. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia nie są wystarczające do potwierdzenia warunku stawianego przez Zamawiającego. W treści wyjaśnień nie jest bowiem wskazany, wymagany przez Zamawiającego, ale i przepisy - 3 letni okres tej konkretnej usługi stanowiącej warunek. Konsorcjum wskazało jedynie, iż wykonało usługę o wartości ponad 2 mln, ale przecież usługa ta trwała ponad 3 letni okres. Czasookres był przecież w tym warunku istotny, czego dowodem jest pierwotne uściślanie treści samego Wykazu i o ten element właśnie. Jak dalej wskazywał Odwołujący, Zamawiający zaniechał bezpośredniej weryfikacji złożonego Wykazu usług i wyjaśnień Konsorcjum, przy czym nie może budzić wątpliwości, iż zaniechanie to nastąpiło w obiektywnej sytuacji wątpliwości Zamawiającego, co do spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu. Zakres działania Zamawiającego i weryfikacji informacji pozyskiwanych

w postępowaniu winien być adekwatny do potrzeby oceny spełniania określonego warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum nie spełnia tak postawionego warunku udziału. Konsorcjum nie może udowodnić wykonania usługi prania na rzecz szpitala o wartości przynajmniej 2 mln zł w zakreślonym czasookresie.

Ponadto, Odwołujący wskazał, powołując się na treść rozdziału IV SWZ pkt 1 i 3, Rozdziału I.A. OPZ – Załącznik nr 3 do SWZ, Rozdziału III OPZ tabela nr 4 i 5, że Zamawiający wymaga złożenia przez Wykonawcę oświadczenia do oferty, potwierdzającego poszczególnych wymogów wytycznych Ministra Zdrowia w zakresie wymogów prawidłowego funkcjonowania pralni dla podmiotów świadczących usługi pralnicze na rzecz podmiotów świadczących usługi lecznicze (szpitali)" z dnia 9 listopada 2022 r., a także, powołując się na treść rozdziału V SWZ pkt 1 Lp. 3, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka w postaci Badań mikrobiologicznych wykonanych w pralni Wykonawcy celem potwierdzenia skuteczności w procesie prania wodnego bielizny, badania rąk pracowników, powierzchni płaskich, powietrza po stronie czystej pralni, w której będzie realizowana usługa. Zdaniem Odwołującego, odtajnione przez Zamawiającego dokumenty badań mikrobiologicznych nie obejmują Pralni w Łodzi. Konsorcjum złożyło wyłącznie dokumenty dotyczące Pralni w Bydgoszczy i w Warszawie. W ocenie Odwołującego, znamiennym jest, iż to w Pralni w Łodzi będzie wykonywane pranie z dezynfekcją bielizny szpitalne, co wprost wynika z oświadczeń ofertowych Konsorcjum, ale czego ostatecznym dowodem jest wprost oświadczenie Konsorcjum złożone w ramach powtarzanych czynności i wyjaśnień Konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji zdaniem Odwołującego, Zamawiający określił wymagane w tym postępowaniu przedmiotowe środki dowodowe Badania mikrobiologiczne a Konsorcjum wymagań tych nie spełnia.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie – wnosząc o:

1) odrzucenie przedmiotowego odwołania z uwagi na fakt, iż odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (sygn. akt KIO 3766/23) tj. w oparciu o art. 528 pkt 5) ustawy Pzp;
2) o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego - w przypadku nieuwzględnienia wniosku, o którym mowa w pkt 1);
3) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Następnie, pismem z dnia 5 marca 2024 r. Zamawiający dokonał zmiany zajętego stanowiska i poinformował, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający nie stawił się na posiedzeniu z udziałem stron oraz rozprawie.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 4 marca 2024 r. Citonet – Łódź sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S. A. z siedzibą w Toruniu wniósł o oddalenie odwołania.

Ponadto, w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił Wykonawca - Citonet – Łódź sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S. A. z siedzibą w Toruniu. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego po stronie Zamawiającego przez Wykonawcę - Citonet – Łódź sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S. A. z siedzibą w Toruniu.

Wobec wniesienia przez Przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego zgodnie z art. 523 ust. 1 ustawy Pzp, Izba rozpoznała odwołanie merytorycznie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz dowody przedłożone przez Odwołującego na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Zarzuty nr 1 i nr 2

Odnosząc się do zarzutów zaniechania przez Zamawiającego:

należytego zweryfikowania podmiotowego środka dowodowego i jego wyjaśnień,

odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu,

co do których Odwołujący przedstawił wspólne uzasadnienie, skład orzekający uznał, iż nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł przede wszystkim, że: *„zarzut dotyczy (…) braku właściwego czasookresu wykazania odpowiedniej wartości usług Wykazu usług".* Zdaniem Odwołującego, wykazana przez Przystępującego usługa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem: „*Konsorcjum* (tj. Przystępujący) *wskazało jedynie, iż wykonało usługę o wartości ponad 2 mln, ale przecież usługa ta trwała ponad 3 letni okres"* a: *„Konsorcjum nie może udowodnić wykonania usługi prania na rzecz szpitala o wartości przynajmniej 2 mln zł w zakreślonym czasookresie".*

W odniesieniu do powyższych zarzutów, Izba ustaliła następujący stan faktyczny. W rozdziale IX.II SWZ -*Wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie zamawiającego*, Zamawiający określił w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, że:

„Zamawiający uzna, iż Wykonawca posiada zdolności techniczne i zawodowe niezbędne do wykonania niniejszego zamówienia, zgodnie z § 9. ust. 1. pkt.2 RMRPiT, jeżeli przedłoży Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub 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.

Wykaz usług.

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 wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są 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.

Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 9 do SWZ".

Z przedstawionego przez Przystępującego wykazu usług wynika, iż wskazana usługa „świadczenia usług pralniczych wraz z dzierżawą asortymentu w systemie RFID oraz dostawami obłożeń operacyjnych" na rzecz szpitala MSWiA w Łodzi była ona realizowana od dnia 25 marca 2019 r. do dnia 1 lipca 2022 r., a wartość umowy wyniosła 2 971 151,54 zł. Wskazany okres nie mieści się więc w całości w okresie ostatnich 3 lat od upływu terminu składania ofert, niemniej nie oznacza to jednak, że ta usługa nie odpowiada wymogom warunku udziału w postępowaniu. Według ugruntowanego od lat orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (tak choćby KIO w wyrokach: z dnia 10 października 2013 r. sygn. akt: 2325/13, z dnia 11 maja 2023 r. sygn. akt: 1176/23) oraz sądów powszechnych (np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 kwietnia 2019 r. sygn. akt: I GSK 2523/18), okres ostatnich 3 lub 5 lat, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 1) i 2) rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), należy rozumieć w ten sposób, że realizacja dostawy, usługi lub roboty budowlanej może się rozpocząć wcześniej, natomiast istotne jest, aby ta dostawa, usługa lub robota zakończyła się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Brak jest zatem ogranicznika w odniesieniu do terminu rozpoczęcia danej roboty, dostawy lub usługi. Innymi słowy, aby uznać, że

określone w wykazie zamówienie mieści się odpowiednio w okresie 5 lub 3 lat (ewentualnie w okresie prowadzonej działalności), wystarczające jest, aby zakończenie realizacji tego zamówienia nastąpiło w tym okresie (lub – w przypadku dostaw lub usług o charakterze powtarzającym się lub ciągłym – nadal trwało), nawet jeśli rozpoczęcie jego realizacji miało miejsce wcześniej. Tym samym, nie jest konieczne, by cały czas wykonywania zamówienia mieścił się w rzeczonym okresie (tak M. Jaworska (red.), Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Komentarz [w:] M. Jaworska (red.), Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz, Warszawa 2023). Biorąc powyższe pod uwagę, w stanie faktycznym dotyczącym przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy w ocenie Izby zauważyć, iż wbrew stanowisku Odwołującego, nie ma podstaw do uznania, że wartość usługi, którą miał wykazać się wykonawca, w części dotyczącej wykonania usługi o wartości co najmniej 2 000 000 zł, musi odnosić się do wartości usługi w części wykonanej w okresie ostatnich trzech lat od upływu terminu składania ofert. Nie wynika to bynajmniej z treści rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), jak również z przytoczonej wyżej treści SWZ. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż wymaga w zakresie tego warunku udziału w postępowaniu, aby wykonawca 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 zł. Brak jest zatem przeszkód w ocenie Izby, aby uznać, że wykonawca może skutecznie wykazać się doświadczeniem wynikającym ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi (usługa na rzecz szpitala dotyczyła obejmowała m.in. świadczenie usług pralniczych) zrealizowanej na podstawie umowy przewyższającej wymaganą kwotę (wartość umowy to 2 971 151,54 zł), której świadczenie rozpoczęło się wcześniej, ale zostało zakończone w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (w dniu 1 lipca 2022 r). W konsekwencji powyższego, brak jest również uzasadnienia dla zarzutu zaniechania przez Zamawiającego należytego zweryfikowania podmiotowego środka dowodowego i jego wyjaśnień wobec złożenia podmiotowego środka dowodowego, który to środek niewątpliwie potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 3

Przechodząc do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w ocenie Izby również ten zarzut należało oddalić.

Odwołujący, uzasadniając ten zarzut, powołał się w odwołaniu na następujące okoliczności faktyczne:

a) oferta Przystępującego nie została złożona w sposób prawidłowy, gdyż do Formularza ofertowego niezgodnie z wymogiem zamówienia, wskazanym w formularzu nie załączono załącznika nr 3 do SWZ, wypełnionego i podpisanego przez uprawnioną do reprezentowanie Konsorcjum osobę,

b) Przystępujący nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego środka w postaci Badań mikrobiologicznych wykonanych w pralni Wykonawcy celem potwierdzenia skuteczności w procesie prania wodnego bielizny, badania rąk pracowników, powierzchni płaskich, powietrza po stronie czystej pralni, w której będzie realizowana usługa, tj. w pralni w Łodzi.

Ad a)

Zamawiający w rozdziale XIV.1 SWZ -*Wymagane dokumenty i oświadczenia, które należy złożyć wraz z ofertą*, wskazał jednoznacznie, jakie dokumenty i oświadczenia należało złożyć razem z ofertą, tj: *„FORMULARZ OFERTOWY" - Załącznik nr 1 do SWZ;„FORMULARZ ASORTYMENTOWO-CENOWY – Załącznik nr 2 do SWZ; UDOSTĘPNIENIE ZASOBÓW,na podstawie art. 118 ustawy Prawo zamówień publicznych(o ile dotyczy) - Załącznik nr 4 do SWZ;. „PEŁNOMOCNICTWO" do reprezentowania Wykonawcy osoby /osób, podpisującej/ podpisujących ofertę, dokument lub oświadczenia załączone do oferty (o ile dotyczy)* oraz *PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE wskazane Rozdziale V SWZ.*

Jednocześnie, w pkt III*„Szczegóły oferty" Formularza ofertowego* – Załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający wymagał m. in., że wykonawca oświadczy, że oferowana usługa będzie zgodna z: *„opisem i wymogami zawartymi w SWZ w cenie i terminach szczegółowo określonych w Formularzu asortymentowo-cenowym- Załącznik nr 2 oraz w Załączniku nr 3- Opis przedmiotu zamówienia, stanowiącymi załącznik do niniejszej oferty".*

W obliczu powyżej przytoczonych zapisów SWZ, w ocenie Izby nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż oferta Przystępującego podlegać winna odrzuceniu z uwagi na brak przedłożenia wraz z ofertą Załącznika nr 3 do SWZ. Zamawiający wprost wskazał w rozdziale XIV.1 SWZ, czego będzie oczekiwał razem z ofertą i wśród wymienionych tam dokumentów i oświadczeń brak było wskazania Załącznika nr 3 do SWZ. Także sam Odwołujący był tego świadomy, gdyż na rozprawie, w odpowiedzi na pytanie przewodniczącego, potwierdził ww. okoliczność. Faktem jest natomiast, że w treści *Formularza ofertowego* – Załącznik nr 1 do SWZ znalazł się zapis, sugerujący, że Załącznik nr 3 do SWZ stanowi załącznik oferty. Przy tak ustalonej przez Zamawiającego treści SWZ nie można, zdaniem Izby, jednoznacznie

określić, jakie były oczekiwania Zamawiającego. Z jednej strony Zamawiający wyraźnie wymienił konieczne elementy, które należało złożyć z ofertą, z drugiej zaś w treści załącznika do SWZ wspomniał o tym, że Załącznik nr 3 – Opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik do oferty. Opisaną sytuację można zakwalifikować jako przykład niejednoznaczności zapisów SWZ. Wobec tego, co wyraźnie potwierdzone jest w orzecznictwie i doktrynie, wszelkie wątpliwości należy interpretować na korzyść wykonawcy. Szczególnie dotyczy to przypadku, gdy mamy do czynienia z zapisem SWZ, z którym trudno polemizować, tj. enumeratywnym wymienieniemjakie dokumenty i oświadczenia należało złożyć razem z ofertą (rozdział XIV.1 SWZ) W konsekwencji powyższego, Izba stoi na stanowisku, iż nie można wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy wobec nie do końca jasnych zapisów treści SWZ. Sam Odwołujący, również podniósł w kontekście tego zarzutu na rozprawie, iż niedokładności zapisów SWZ winny obciążać Zamawiającego, a nie oferentów, co sugeruje, iż po pierwsze Odwołujący był świadomy niejednoznacznej treści SWZ, a po drugie, że w takich przypadkach interpretacja zapisów SWZ następuje na korzyść wykonawców.

Ad b)

W tym zakresie należy stwierdzić, iż z ustalonego stanu faktycznego wynika, iż Przystępujący złożył wraz z ofertą badania mikrobiologiczne wykonane w pralni w Łodzi (Citonet Łódź) celem potwierdzenia skuteczności w procesie prania wodnego bielizny, badania rąk pracowników, powierzchni płaskich, powietrza po stronie czystej pralni, w której będzie realizowana usługa, potwierdzone przez akredytowane laboratorium przez Polskie Centrum Akredytacji i wpisane na jego listę laboratoriów badawczych, wystawione po jednym z 2022 i 2023 roku. Również Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, iż otrzymał rzeczone badania mikrobiologiczne dla pralni w Łodzi już po wniesieniu odwołania. W związku z tym zarzut w postaci zaniechania złożenia wymaganych badań przez Przystępującego należy uznać za niezasadny.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, zarzut nr 3 podlegał oddaleniu.

W tym miejscu, w ocenie Izby należy uczynić jeszcze kilka uwag natury ogólnej. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7) - 10) ustawy Pzp, 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. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zakres rozpoznania sprawy przez Izbę jest ściśle ograniczony zarzutami odwołania sprowadzającymi się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Stąd też, odwołujący w odwołaniu zobowiązany jest wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. 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 zakreślają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznacza, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę. Izba wskazuje również, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji odwołującego i domniemywać, na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Nie jest w gestii Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba pominęła podniesione przez Odwołującego na rozprawie nowe zarzuty niespełniania warunków SWZ, tj. dotyczące przedstawionych na rozprawie badań mikrobiologicznych Przystępującego w różnych lokalizacjach jako niepotwierdzonych decyzją ani akredytacją (brak pieczęci akredytacyjnej), uznając je za zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu.

<u>Zarzut nr 4</u>

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 4, tj. wadliwego wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej, to należy wskazać, iż jest to zarzut akcesoryjny, powiązany z wcześniej przytoczonymi zarzutami nr 1-3, a wobec oddalenia tychże zarzutów, należy przyjąć, że również zarzut nr 4 nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r.

poz. 2437).
Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.
Przewodniczący:……..