

POSTANOWIENIE
z dnia 13 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: J.G.

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 13 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawców:

Impel Facility Services Sp. z o.o. we Wrocławiu, Optima Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu, Hospital Service Sp. z o.o. we Wrocławiu

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy
postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 100 % należnego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej: „Ustawa” lub „PZP”) Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”) na: Świadczenie usług sanitarnoporządkowych i transportu wewnętrznego. Numer referencyjny: 13/2023/PN (dalej: „Postępowanie”) w dniu 29 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, którymi są Impel Facility Services Sp. z o.o. we Wrocławiu, Optima Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu, Hospital Service Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”). W Postępowaniu warunki postępowania opisane zostały w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”). Wykonawca wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając mu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 433 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 8 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w treści projektu umowy postanowień umożliwiających ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron;

2) art. 99 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prawidłowe obliczenie ceny oferty tj. poprzez narzucenie wykonawcom wspólnie ubiegającym się udzielenie zamówienia obowiązku wystawienia jednej faktury;

3) art. 436 pkt 4 ppkt b w zw. z art. 16 i 17 Ustawy oraz w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez ustalenie w projekcie umowy maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 436 pkt 4 ppkt b Ustawy;

4) art. 439 w zw. z art. 16 i 17 Ustawy i w zw. z art. 58 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 431 Ustawy poprzez:

a) brak zawarcia w projekcie umowy postanowień o maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w efekcie zastosowania klauzuli, o której mowa w art. 439 Ustawy;

b) postanowienie wymogu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o 20 % w stosunku do cen netto zaofertowanych przez Wykonawcę w ofercie skutkiem czego Zamawiający uchyla się od partycypacji również w nadzwyczajnie wysokiej zmianie kosztów wykonania zamówienia;

c) z daleko idącej ostrożności, na wypadek, gdyby postanowienie § 9 ust. 9 projektu umowy należało odczytywać jako postanowienie wypełniające wymogi art. 439 ust. 2 pkt 4 Ustawy - poprzez ustalenie postanowień ustalenie w treści projektu umowy pozornych postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy

w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia podczas, gdy przepis art. 439 Ustawy wymaga sformułowania racjonalnej, skutecznej i pozbawionej wad prawnych klauzuli w przedmiocie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia dla umów o usługi, których termin realizacji przekracza 6 miesięcy;

5)art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego w zw. z z art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 483 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 58 kc poprzez:

a)określenie w treści projektu umowy kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia, w wysokości rażąco wygórowanej, na poziomie nieadekwatnym do okoliczności, które mogą stać u podstaw powstania roszczenia Zamawiającego o jej zapłatę;

b)ustanowienie w treści § 11 projektu umowy kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę, a tym samym opisanie okoliczności naliczenia kar umownych w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

6)art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 w zw. z art. 116 oraz w zw. z art. 16 i 17 Ustawy poprzez ustalenie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie):

a)w sposób niezgodny z treścią § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy i dopuszczenie wykazywania się przez wykonawcy doświadczeniem z okresu ostatnich 5 lat podczas, gdy zgodnie z ww. Rozporządzeniem dla dostaw lub usług dopuszczalne jest legitymowanie się doświadczeniem z ostatnich 3 lat;

b)w sposób nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia i ograniczenie usług potwierdzających zdolność do należytego wykonania zamówienia do usług polegających na sprzątaniu i utrzymaniu czystości oraz transporcie wewnątrzszpitalnym, co eliminuje z postępowania wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji usług w zakresie opieki medycznej oraz usług służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia tj. usług mających zbliżony charakter i cel do usług opisanych w przedmiocie zamówienia.

7)art. 240 ust. 1-2 w zw. z art. 242 ust. 1 Ustawy poprzez określenie jakościowych kryteriów oceny ofert o łącznej wadze 30% - Elektroniczna aplikacja monitorująca realizację usługi (dalej Aplikacja) - podczas gdy Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców dotyczących ww. kryterium Aplikacja, a więc tak określone kryterium stanowi niesprawdzalną obietnicę Wykonawcy, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert;

8)art. 8, art. 99 ust. 1 i 2, art. 431, art. 16, art. 17 Ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) kodeksu cywilnego poprzez postawienie w projekcie umowy posiadania przez wykonawcę w czasie realizacji umowy ubezpieczenia w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej wykonawcy, osób wykonujących umowę w imieniu wykonawcy i w przypadku realizacji umowy przez podwykonawców - także podwykonawców, za szkody wyrządzone w związku z wykonywaniem umowy na sumę ubezpieczenia nie mniejsza niż 80% kwoty brutto całkowitej wartości umowy za wszystkie lata realizacji zamówienia, co jest

nieproporcjonalne względem rzeczywistych potrzeb Zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia a ponadto skutkuje eliminacją z postępowania wykonawców, którzy nie są w stanie sfinansować składki za utrzymywanie wielomilionowego ubezpieczenia.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia poprzez:

1)w zakresie zarzutu nr 1) - dodanie do projektu umowy postanowienia, że:

Całkowita maksymalna wielkość ograniczeń zamówienia, dopuszczalnych na podstawie postanowień niniejszej umowy nie przekroczy 15% wartości netto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 8 ust. 1 pkt 1 umowy.

2)w zakresie zarzutu nr 2 - usunięcie postanowienia rozdz. XXV pkt 3 ppkt 1 lit a) i zastąpienie go postanowieniem:

Strony ustalają, że rozliczenie za wykonywanie usług będzie płatne na podstawie comiesięcznej faktury lub faktur wystawionej/ych przez jednego lub kilku uczestników konsorcjum.

3)w zakresie zarzutu nr 3 - usunięcie postanowienia § 9 ust. 9 projektu umowy;

4)w zakresie zarzutu nr 4 - zmianę postanowień § 9 ust. 6 - 9 projektu umowy w następujący sposób:

6)W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o 10 % w stosunku do cen netto zaoferowanych przez Wykonawcę w ofercie, każda ze stron umowy może żądać zmiany wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 1. Z żądaniem zmiany wynagrodzenia strona może wystąpić począwszy od pierwszego dnia miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu w którym nastąpiła zmiana ceny materiałów lub kosztów

związanych z realizacją zamówienia, o której mowa wyżej.

7) Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 6 następuje w oparciu o średnioroczny wskaźnik wzrostu cen i towarów konsumpcyjnych publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego,

8) Z żądaniem zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 6 strona może wystąpić raz na rok w okresie obowiązywania umowy, ale nie wcześniej niż po sześciu miesiącach obowiązywania umowy. Wykonawca będzie uprawniony do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia pod warunkiem wykazania Zamawiającemu wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w stosunku do cen materiałów lub kosztów przyjętych przez niego w ofercie.

9) Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w przypadku, o którym mowa w ust. 2, wynosi 20 % wartości netto pierwotnej umowy.

5) w zakresie zarzutu nr 5 - zmianę postanowień § 11 ust. 1 i 2 projektu umowy w następujący sposób:

1. Za każde zawinione jednorazowe niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi stwierdzone przez upoważnionego pracownika Zamawiającego w obecności przedstawiciela Wykonawcy. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w 100,00 zł. .

2. Ponadto Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

1) w przypadku zawinionego niewykonania prawidłowej usługi, bądź jej niewykonania po dwukrotnej weryfikacji jakości w oparciu o program monitorowania poziomu higieny szpitalnej, w wysokości 100,00 zł za każdy potwierdzony fakt nieprawidłowości;

2) w przypadku niewykonania usługi renowacji powłok zabezpieczających wykładzin wyszczególnionej w załączniku nr 2 do umowy opis przedmiotu zamówienia - w wysokości 1 000,00 zł za każdy zawiniony przypadek niewykonania usługi,

3) w przypadku każdorazowego zawinionego stwierdzonego braku pracownika serwisowego - w wysokości 100,00 zł.

6) w zakresie zarzutu nr 6 - zmianę postanowień rozdz. XI pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ na przykład w następujący sposób:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał lub wykonuje:

co najmniej 2 usługi trwające w sposób ciągły minimum 12 miesięcy każda, polegające na sprzątaniu i utrzymaniu czystości, wykonywaniu czynności służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz transporcie wewnątrzszpitalnym, które były realizowane w szpitalu, o wartości nie mniejszej niż 3 500 000 zł rocznie każda.

UWAGA:

- W przypadku usługi nadal wykonywanej przez Wykonawcę, wymagania dotyczące wartości usługi (minimum 3 500 000 zł brutto) - winna spełniać dotychczas zrealizowana część usługi.

- W przypadku zdobytego doświadczenia zawodowego w ramach konsorcjum, Wykonawca będzie zobowiązany wskazać zakres i wartość jego realnego wkładu w realizację zamówienia.

- W przypadku składania oferty przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (np. konsorcjum) warunek z pkt. 4 lit. a) może być spełniony łącznie przez składających wspólną ofertę.

7) w zakresie zarzutu nr 7 - zmianę postanowień rozdz. XXIV SWZ i dodanie postanowień, na podstawie których będzie przeprowadzana weryfikacja funkcjonalności w które wyposażona jest zaoferowana przez wykonawcę aplikacja. Na przykład dodanie następujących postanowień:

Wykonawca, który zaoferuje realizację zamówienia z zastosowaniem elektronicznej aplikacji monitorującej realizację usługi przedstawi na wezwanie Zamawiającego prezentację funkcjonalności oferowanego narzędzia, która potwierdzi, że zaoferowana aplikacja posiada wszystkie funkcjonalności wymagane w rozdziale XXIV SWZ - tabela wymagania. Jeżeli prezentacja potwierdzi, że aplikacja spełnia wszystkie wymagania określone w tabeli wskazanej w rozdz. XXIV SWZ wykonawca otrzyma 30 pkt.

W razie przedstawienia funkcjonalności oferowanego narzędzia i stwierdzenia przez Zamawiającego, że nie posiada ono wszystkich wymaganych funkcjonalności określonych w XXIV rozdziale SWZ Wykonawca otrzyma 0 pkt.

Prezentacja funkcjonalności oferowanej aplikacji ma polegać na dostarczeniu Zamawiającemu w miejscu i czasie określonym w wezwaniu z art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych elektronicznej aplikacji monitorującej tj. np. urządzenia elektronicznego wyposażonego w odpowiednią aplikację. Narzędzie dostarczone przez wykonawcę ma umożliwiać sprawdzenie, że wykonawca zaoferował elektroniczną aplikację monitorującą wyposażoną w sprawne i działające funkcjonalności opisane w SWZ.

Wykonawca podczas prezentacji uruchomi aplikację oraz pokaże i poinstruuje Zamawiającego w jaki sposób działa aplikacja. Następnie Zamawiający podczas prezentacji poprzez uruchomienie urządzenia i zadanie mu poleceń

sprawdzi, czy aplikacja posiada funkcjonalności wymagane w SWZ oraz czy ww. funkcjonalności działają.

8)w zakresie zarzutu nr 8- zmianę postanowień § 14 ust. 1 projektu umowy na przykład w następujący sposób:

Wykonawca z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług zobowiązany jest do posiadania, zawartej na własny koszt, umowy ubezpieczenia w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej Wykonawcy, osób wykonujących Umowę w jego imieniu i w przypadku realizacji Umowy przez Podwykonawców - także podwykonawców, za szkody wyrządzone w związku z wykonywaniem Umowy, na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 50% kwoty brutto określonej w § 8 ust. 1

tj.-zł. Jeżeli suma ubezpieczenia wyrażona jest w innej walucie niż złoty,

zostanie przeliczona według średniego kursu NBP na dzień zawarcia Umowy.

Pismem procesowym z dnia 17 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o tym, że w wyniku wniesionego odwołania uwzględnił zarzuty związane z procedurą wyboru oferty Przystępującego, podjął decyzję o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 2 lutego 2023 r., ponownym przeprowadzeniu procedury sprawdzania i oceny ofert w sposób zgodny z SWZ oraz ponownym podjęciu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej (zarzut pierwszy i drugi). W zakresie zarzutu odnoszącego się do kwoty przeznaczanej na realizację zamówienia wniósł o jego oddalenie (zarzut trzeci.)

Pismem procesowym z dnia 12 czerwca 2023 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, co do zarzutów 1, 2 i 8 odwołania.

Zamawiający w zakresie zarzutu 3 przyznaje, że zapis § 9 ust. 9 projektu umowy stanowiącej załącznik do SWZ jest sprzeczny z art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp oraz z art. 439 ust. 2 Pzp. Zamawiający wskazuje jednak, że do usunięcia tego uchybienia wystarczająca jest zmiana treści § 9 ust.9 projektu umowy zamiast jego wykreślenia, czego domaga się Odwołujący, dlatego też nie uwzględnia tego zarzutu. Zamawiający dokona zmiany zapisu § 9 ust. 9 projektu umowy poprzez nadanie mu następującej treści:

„Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w przypadku, o którym mowa w ust. 6, wynosi 10% wartości netto pierwotnej umowy”.

Zamawiający w zakresie zarzutu 4 wnosi o jego oddalenie.

Zamawiający w zakresie zarzutu 5 wnosi o jego oddalenie.

Zamawiający w zakresie zarzutu 6 wnosi o jego oddalenie.

Zamawiający w zakresie zarzutu 7 dokonuje jego zmiany kryteriów oceny ofert zamieszczonych w rozdziale XXIV SWZ dokona zmiany tych kryteriów w następujący sposób:

„Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

1)Kryterium CENA - waga 80%

2)Kryterium CERTYFIKAT ISO 9001 - waga 20%

Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością potwierdzający spełnienie wymagań normy ISO 9001 posiadający ważność na dzień składania oferty, wystawiony przez akredytowaną jednostkę certyfikującą:

Zakres 1: TAK - 15 pkt / NIE - 0 pkt

a)usługa utrzymania czystości w jednostkach ochrony zdrowia lub

b)usługa sprzątnia i higieny w jednostkach ochrony zdrowia lub

c)usługa kompleksowego utrzymania czystości i dezynfekcji w jednostkach ochrony zdrowia lub

d)usługi utrzymania czystości w jednostkach ochrony zdrowia lub

e)usługi porządkowo-czystościowe w obiektach ochrony zdrowia lub

f)utrzymanie stanu epidemiologiczno-sanitarnego części medycznych jednostek ochrony zdrowia lub

g)usługi utrzymania czystości i higieny obszarów medycznych i niemedyycznych w obiektach szpitalnych i ochrony zdrowia lub

h)usługi polegające na utrzymaniu czystości i higieny w jednostkach/placówkach ochrony zdrowia lub

i)usługa utrzymania czystości i higieny na terenie szpitala

Wykonawca otrzyma 15 punktów, jeżeli posiada i będzie utrzymywał w całym okresie realizacji usługi i załączy do oferty przedmiotowy certyfikat obejmujący swoją treścią przynajmniej jeden z w/w zakresów certyfikacji.

Zakres 2: TAK - 5 pkt / NIE - 0 pkt

a)usługa transportu wewnętrznego na potrzeby jednostek organizacyjnych w szpitalach i obiektach ochrony zdrowia lub

b)usługa transportu wewnątrzszpitalnego lub

c)usługa transportu wewnętrznego na terenie szpitala

Wykonawca otrzyma 5 punktów, jeżeli posiada i będzie utrzymywał w całym okresie realizacji usługi i załączy do oferty przedmiotowy certyfikat obejmujący swoją treścią przynajmniej jeden z w/w zakresów certyfikacji. “

Pismem procesowym z dnia 12 czerwca 2023 r. Odwołujący cofnął pozostałe po uwzględnieniu zarzuty odwołania wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego oraz nakazanie dokonaniu zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczony tytułem wpisu.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

W związku z uwzględnieniem przed rozprawą przez Zamawiającego części zarzutów odwołania oraz złożeniem przez Odwołującego zgodnie z art. 520 Ustawy oświadczenia o wycofaniu złożonego odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego Izba uznała, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 568 Ustawy.

W zakresie zarzutów uwzględnionych zastosowanie znajduje norma art. 568 pkt. 3 w zw. z art. 522 ust. 4 Ustawy, zaś w pozostałym zakresie art. 568 pkt. 1 Ustawy.

Na posiedzeniu niejawnym, które odbyło się bez udziału stron, w związku z § 13 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453) Izba w sytuacji opisanej w art. 568 Ustawy, wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepisy § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 2437), Izba nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę wpisu uiszczony w pełnej wysokości.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji

Przewodniczący.....