

Sygn. akt: KIO/UZP 62/07

WYROK
z dnia 14 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu / w dniach* 14.01.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bresco Consulting Sp. z o.o., Wrocław, ul. Robotnicza 32** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli, Nowa Sól, ul. Chałubińskiego 7** protestu / protestów* z dnia 28.11.2007r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Bresco Consulting Sp. z o.o., Wrocław, ul. Robotnicza 32**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Bresco Consulting Sp. z o.o., Wrocław, ul. Robotnicza 32**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bresco Consulting Sp. z o.o., Wrocław, ul. Robotnicza 32**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne o wartości ponad 211 000 euro nr 118/07 prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości, zostało wszczęte przez Zamawiającego, tj. Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Chałubińskiego 7, 67-100 Nowa Sól ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich pod numerem 2007/S 221-269570 w dniu 16 listopada 2007 r. W dniu 22 listopada 2007 r. firma BRESKO Consultnig Spółka z o.o., ul. Robotnicza 32, 53-608 Wrocław zwana dalej Bresco pobrała Specyfikacje Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 28 listopada 2007 r. faxem (pismem z tego samego dnia, pocztą 29.11.2007 r.) w/w firma wniosła protest dotyczący:

1. postanowień SIWZ, określonych przez Zamawiającego, dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zawartych w rozdziale I części A punktu 6B,
2. postanowień SIWZ, określonych przez Zamawiającego w rozdziale I części A punktu 8 ppkt6,

3. zaniechania czynności przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez nieunieważnienie postępowania obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Protestujący na zasadzie art. 180 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej pzp, złożył protest wobec naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22, art. 25 ust. 1, art. 91 ust. 3, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy pzp, § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy pzp, co skutkowało jego zdaniem oczywistym naruszeniem interesu prawnego Wykonawcy składającego protest.

Następnie, odnosząc się do pierwszego zarzutu, uznając prawo do dopuszczenia przez Zamawiającego do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie tych wykonawców, którzy w szczególności posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp) stwierdza, iż to właśnie Zamawiający określa warunki udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które to warunki udziału nie mogą być określone w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (vide: art. 22 ust. 2 ustawy pzp). Nadto Zamawiający, jego zdaniem, jest obowiązany przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (vide: art. 7 ust. 1). Uważa, iż zapisy rozdziału I części A punktu 6 B SIWZ naruszają zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a Zamawiający nie zachowuje niezbędnej równowagi między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (por. np. SO w Świdnicy z 20.12.2005r., sygn. Ca 584/05). Cytuje także orzeczenie sądu okręgowego, zgodnie z którym niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest uniemożliwienie dostępu do udziału w postępowaniu lub stawianie wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych (por. np.. SO w Lublinie z 9.11.2005r. sygn. II Ca 587/05). Protestujący podkreśla, że sformułowane wymagania nie mogą być nadmierne, czyli takie, które uniemożliwiają ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Postanowienia SIWZ, określone przez Zamawiającego w rozdziale I części A pkt 6B ust. 1 i 2, jego zdaniem, naruszają zasady uczciwej konkurencji wyrażone w normach prawnych art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 ustawy pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy pzp, przeciwstawiają się utrwałonej linii

orzecznictwa i w sposób nieprawny ograniczają dostęp do zamówienia podmiotom, które nie posiadają żądanego w SIWZ doświadczenia ale posiadają ustawowe niezbędne doświadczenie. Zauważa, iż Zamawiający w pkt 6B SIWZ - który to punkt rzekomo wyłącznie wskazuje jakich dokumentów żąda Zamawiający od wykonawcy, w rzeczywistości w ust. 1 określa warunek udziału wykonawcy w postępowaniu. Opis tego warunku powinien być dokonany przez Zamawiającego w rozdziale I część A pkt 5.1) b) SIWZ. Tam Zamawiający powinien określić precyzyjnie warunek udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym zachowaniu zasady określonej w art. 22 ust. 2 w/w ustawy, a nie jak to uczynił w pkt 6B ust. 1 SIWZ. Powyższe działanie, jego zdaniem, polegające na rozproszeniu zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu w treści SIWZ, działa dezorientująco na potencjalnych wykonawców, gdyż rzeczywiście Zamawiający zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy pzp jest uprawniony żądać od wykonawców wykazu wykonanych usług. Może zatem wydać się, iż żądanie Zamawiającego jest słuszne, gdyż stanowi wypełnienie normy prawnej zawartej w § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy, jednak tak nie jest. Oprotestowane zapisy naruszają w szczególności art. 25 ust. 1 ustawy, gdyż Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zatem a contrario Zamawiającemu nie wolno żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów zbędnych. Zamawiający nie ma prawa żądać potwierdzenia spełnienia nadmiernego wymagania Zamawiającego i przy braku spełnienia tego żądania wykluczać wykonawcę z postępowania („Brak w ofercie dokumentów wymienionych w punktach 6 i 7 spowoduje zastosowanie odpowiednio zapisów art. 24 i 80 ustawy” – vide: k. 9 SIWZ).

Protestujący podnosi, iż potwierdzeniem spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, wymaganego do osiągnięcia celu Zamawiającego, tj. należytego wykonania zamówienia publicznego, jest już wykazanie jednej wykonanej usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, a żądanie doświadczenia zdobytego w trakcie wykonywania przez wykonawcę usługi w 5 szpitalach, nie jest żądaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zwraca także uwagę, iż oprotestowany zapis SIWZ nosi także znamiona naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy pzp, gdyż stanowi próbę obejścia prawa, w szczególności ust. 3 rzeczonego artykułu, zakazującego oceny właściwości wykonawcy. Tymczasem Zamawiający, nie określając wprost warunku udziału w postępowaniu ani nie wyrażając tego w kryteriach oceny, w rzeczywistości dokonuje gradacji pomiędzy wykonawcami, oceniając ich poprzez ilość referencji za wykonane usługi, oceniając pozytywnie tych wykonawców, którzy posiadają 5 lub więcej referencji, a oceniając negatywnie tych wykonawców, którzy posiadają 1,2,3 lub nawet 4 referencje. Przyznaje, iż Protestujący posiada niezbędną wiedzę

i doświadczenie potwierdzone 4 referencjami należytego wykonania usługi. Ponadto, informuje, że jest od kilku lat do chwili obecnej, wykonawcą na rzecz Zamawiającego, usługi będącej przedmiotem niniejszego postępowania. W tym okresie usługa ta była i jest wykonywana należycie. Stwierdza, że z uwagi na ustawowy zakaz modyfikacji treści SIWZ w oprotestowanym zakresie, Zamawiający był obowiązany do unieważnienia prowadzonego postępowania, nie czyniąc tego dopuścił się zaniechania ustawowego obowiązku, zaś działanie podjęte przez Zamawiającego, polegające na takim określaniu warunku wobec wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana, jakiego dokonał w rozdziale I części A punktu 8 ppkt 6, stanowi rażące naruszenie prawa i jego interesu prawnego (art. 7 ust. 1, art. 147 i następnich ustawy pzp nakładając na wykonawcę dodatkowe obciążenia, czym ogranicza dostęp do zamówienia).

Odnosząc się do drugiego zarzutu, Protestujący uważa, iż innym przejawem utrudniania uczciwej konkurencji jest zapis Zamawiającego stanowiący, że: „wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć po dokonaniu wyboru jego oferty, dodatkowy dokument ubezpieczenia. Wolą Zamawiającego jest, aby wykonawca zawarł umowę ubezpieczenia na kwotę nie mniejszą niż 200 000,00 zł rocznie”.

Powyższe żądanie zawarte w treści SIWZ i treści umowy, jego zdaniem, poprzez żądanie dodatkowej indywidualnej polisy ubezpieczeniowej, narusza zapisy działu IV ustawy: „Umowy w sprawach zamówień publicznych”, a w szczególności narusza zapisy art. 147 i nast. ustawy, gdzie precyzuje się, jakich zabezpieczeń i w jakich formach i na jaką okoliczność może żądać Zamawiający od wykonawcy. Określił także możliwą wysokość takich zabezpieczeń. Żądanie dodatkowych polis ubezpieczeniowych, mających być dodatkowym zabezpieczeniem dla Zamawiającego stanowi próbę obejścia prawa.

Protestujący powołując się na § 1 ust. 3 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605), stwierdził, iż Zamawiający może żądać od Wykonawcy wyłącznie polisy OC dotyczącej prowadzonej działalności gospodarczej jako takiej, na okoliczność potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, co też czyni w rozdziale I części A pkt 6C ust. 3 SIWZ. Jednocześnie, oprotestowanym zapisem Zamawiający żąda polisy na sumę 200.000,00 zł. Uważa, iż zgodnie z prawem, Zamawiający winien szukać potwierdzenia rzeczowej kondycji poprzez np. żądanie polisy, potwierdzającej, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, ale na sumę 200.000,00 zł.

Wywodzi, iż jeżeli intencją Zamawiającego było dodatkowe zabezpieczenie się na okoliczność udzielonego zamówienia publicznego poprzez żądanie dodatkowych polis na łączną sumę 200.000,00 zł, to oczywistym jest, iż Zamawiający obchodzi w ten sposób przepisy art. 147 i nast., które określają formę zabezpieczenia ewentualnych roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, czym w sposób oczywisty narusza prawo, mimo że jest zobowiązany do bezwzględnego przestrzegania prawa. W związku z powyższym, na podstawie art. 180 ust. 8 Protestujący żąda od Zamawiającego wykreślenia z treści SIWZ w zakresie zapisów rozdziału I części A punktu 8 ppkt 6.

Reasumując, na podstawie art. 180 ust. 8 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. art. 146 ust. 1 pkt 6 Ustawy pzp., z uwagi na bezprawność oprotestowanych czynności, postanowień SIWZ i ustawowym zakazem modyfikacji treści SIWZ w zakresie dotyczącym kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania, wykonawca składający niniejszy protest, żąda od Zamawiającego unieważnienia postępowania.

W dniu 29 listopada 2007 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym (Protestującemu faxem, a innym poprzez zamieszczenie na stronie internetowej: www.szpital-nowasol.pl).

W dniu 30 listopada 2007 r. faxem (pismem z samego dnia, pocztą wpłynęło 06.12.2007r.) do postępowania protestacyjnego przyłączył się po stronie Protestującego firma: Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław. Wnieśli o uwzględnienie w całości protestu podtrzymując wszystkie zarzuty podniesione przez Protestującego. Oświadczyli, iż posiadają interes prawny w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu, ponieważ przedmiotowe postępowanie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp. Z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kopię przystąpienia w/w firma przekazała równocześnie Protestującemu.

W dniu 10.12.2007 r. Zamawiający rozstrzygnął protest i oddalił go w całości. W uzasadnieniu wyjaśnił, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług dla dużej placówki służby zdrowia. Świadczenie to polega nie tylko na utrzymaniu czystości i porządku na terenie przylegającym do szpitala, czy też utrzymanie w należytych stanie sanitarnym np. podłogi, ale również na wykonywaniu innych działań szczegółowo określonych w poszczególnych procedurach i instrukcjach. Do wykonania tych zadań wymagane jest prócz znajomości procedur również doświadczenie nabyte drogą praktyki w innych podobnych placówkach. Niezachowanie wymaganych działań może wywołać nieobliczalne skutki grożące zdrowiu i życiu pacjentów oraz poważne szkody materialne. Dalej stwierdza,

iż dotychczasowa praktyka wykazuje, że wykonawcy usług nie zawsze posiadali wystarczające doświadczenie w wykonywaniu usług objętych przedmiotem postępowania przetargowego.

Przedstawiając swoje zamierzenia stwierdza, iż zlecenie prac ma nastąpić dla firmy posiadającej odpowiednie przygotowanie, wiedzę oraz doświadczenie zawodowe i z tego względu określił ilość referencji jakie ubiegający się o zamówienie winien w ofercie przedstawić. Ilość ta nie jest sprzeczna z przepisami prawa i nie narusza zasady uczciwej konkurencji, lecz podyktowana jest wyłącznie troską o należyte wykonanie tego zamówienia. Zaznaczył także, że w poprzednich postępowaniach na wykonanie tego zamówienia wymóg w zakresie ilości referencji był identyczny, a między innymi obecnie Protestujący w tym zakresie warunek ten spełniał.

Odnosnie kolejnego zarzutu, w zakresie wymogu zawarcia umowy ubezpieczenia OC z firmą wygrywającą przetarg, uważa go za zupełnie bezzasadny. Ubezpieczenie OC dotyczące prowadzonej działalności gospodarczej to przy prowadzeniu kilku podobnych zleceń może okazać się niewystarczające. Z uwagi na fakt, iż Usługodawca będzie wykonywał umowę w czynnym szpitalu w kontakcie z osobami chorymi lub innymi korzystającymi z tego obiektu, będzie powodować to określone zagrożenia, a może spowodować nawet nieobliczalną szkodę w zdrowiu lub mieniu. Odpowiedzialność wobec poszkodowanego w takim przypadku ponosi solidarnie Szpital oraz świadczący usługi, jeżeli spowodował lub przyczynił się do powstania szkody. Z uwagi na powyższe, Zamawiający musi zabezpieczyć się aby współodpowiedzialny był wypłacalny. Kwota 200.000,00 zł nie jest, jego zdaniem kwotą zawyżoną, zważywszy na wysokość odszkodowań zasądzanych w takich przypadkach. Koszt zawarcia takiego ubezpieczenia nie jest wysoki, a wliczony on jest w cenę usługi. Zamawiający wyjaśnia, iż niniejszy warunek nie ma związku z treścią art. 147 ustawy pzp. Wbrew stanowisku zawartemu w proteście, zabezpieczenie należytego wykonania umowy określone w tym przepisie reguluje wzajemne stosunki stron umowy, a nie zobowiązania za ujemne skutki działań wobec osób trzecich.

Rozstrzygnięcie Zamawiający przekazał Protestującemu i Przystępującemu w tym samym dniu faxem (pocztą otrzymali niniejsze rozstrzygnięcie 13.12.2007 r.) oraz zamieścił na stronie internetowej: www.szpital-nowasol.pl.

W dniu 14 grudnia 2007 r. na oddalenie protestu firma Bresco wniosła odwołanie (dowód wniesienia wpisu z dnia 14.12.2007 r.) do Urzędu Zamówień Publicznych (do Zamawiającego dotarła pisemnie 17.12.2007 r.), zarzucając:

1. naruszenie art. 7 ust.1, art. 22, art.25 ust.1, art. 91 ust. 2 ustawy poprzez niepoprawne określenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w rozdziale I części A punkt 6 B SIWZ,

2. naruszenie art. 7 ust. 1, art. 147 ustawy, § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust.2 ustawy poprzez określenie w rozdziale I części A punkt 8 ppkt 6 SIWZ niepoprawnego żądania,
3. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Następnie wniosła o:

- wykreślenie zaskarżonych zapisów SIWZ,
- unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Bresco odnosi się do rozstrzygnięcia protestu. Stwierdza, względem pierwszego zarzutu, że sugerowanie przez Zamawiającego, iż udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który wprawdzie będzie spełniał wymagania dotyczące posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, ale nie będzie spełniać odpowiednich wymagań stawianych przez Zamawiającego, może wywołać – nieobliczalne skutki grożące zdrowi i życiu pacjentów oraz poważne szkody materialne – za nie mające żadnych podstaw faktycznych i prawnych. Uważa, że określenie niezbędnego doświadczenia nie należy rozumieć w taki sposób jak Zamawiający – doświadczenie nabyte drogą praktyki w innych 5 podobnych placówkach. Prawidłowe jest jego zdaniem, rozumienie niezbędnego doświadczenia jako takiego, które stanowi konieczne i wymagane minimum doświadczenia, nieodzownego i warunkującego należyte wykonanie usługi. Ponadto, podnosi fakt aktualnego wykonywania przez siebie usług będących przedmiotem postępowania przetargowego, jako znamienne. Utrzymuje twierdzenie, iż wystarczyłaby 1 referencja dotycząca zamówienia odpowiadającego rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Zauważa, iż zamierzenie Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu protestu, a odnoszące się do ilości referencji jest sprzeczne z prawem.

Odnosnie drugiego zarzutu, stwierdza, iż wbrew wyjaśnieniom Zamawiającego, ani z treści SIWZ, ani z treści projektu umowy nie wynika, iż oprotestowane ubezpieczenie ma być ubezpieczeniem w zakresie odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej związanej wyłącznie z realizacją udzielonego zamówienia. Zamawiający żąda tylko zawarcia stosownej dodatkowej umowy, nie dokonując dodatkowych zastrzeżeń. Ponadto, uważa że żądane ubezpieczenie nie koresponduje ze wskazanym kontraktem i może okazać się nie wystarczające. Uważa, że nie uzasadnione jest wymaganie dodatkowego ubezpieczenia, gdy wykonawca dysponuje ubezpieczeniem OC od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 4-krotnie wyższą. W dalszej części podtrzymuje swoje wcześniejsze twierdzenia w tym zakresie zawarte w proteście. Uważa, że kwestionowany zapis nie ma podstaw prawnych, narusza art.7 ust.1, art. 147 i następne ustawy pzp i w sposób niepoprawny nakłada na wykonawcę dodatkowe obciążenia, czym ogranicza dostęp do zamówienia.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu jego wniesienia. Zamawiający w dniu 17 grudnia 2007 r. wezwał uczestników postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Nikt nie przyłączył się do postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, na podstawie materiału dowodowego zebranego w sprawie, z akt sprawy i wyjaśnień złożonych podczas rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, zgodnie z zapisem rozdziału I części A punktu 6 B SIWZ: „W celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający żąda następujących dokumentów:

1. Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia – kontrakt może zahaczać o te 3 lata, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, tj.: sprzątnięcie minimum 5 szpitali posiadających wszystkie strefy reżimu sanitarnego, w tym nie mniej niż 3 szpitale o drugim poziomie referencyjnym – zał. Nr 4;
2. Dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie, tj.: wymagane jest minimum 5 referencji ze szpitali posiadających wszystkie strefy reżimu sanitarnego w tym nie mniej niż 3 szpitale o drugim poziomie referencyjnym w oparciu o Rozporządzenie MZiOS z 22.12.1998 r. w sprawie Krajowej Sieci Szpitali oraz ich poziomów referencyjnych (Dz. U. nr 164, poz.1193 z 1998 r.) potwierdzające, że wymienione usługi zostały wykonane z należyłą starannością.”

Zamawiający zastrzegł jednocześnie, iż uwzględniane będą wyłącznie referencje wystawione przez wyżej określone szpitale. Ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu odbywać się miała na zasadzie oceny oświadczeń i dokumentów: spełnia/nie spełnia wymaganego warunku. Brak w ofercie dokumentów wymienionych m.in. w punkcie 6 (dotyczy w/w) spowoduje zastosowanie odpowiednio zapisów art. 24 i 89 ustawy pzp.

Ocenę zasadności takiego warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonania zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu nie dyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może

prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców (patrz: wyrok Zespołów Arbitrów z dnia 27.10.2004 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-1779/04, wyrok Zespołów Arbitrów z dnia 04.03.2005 r., sygn. Akt. UZP/ZO/0-374/05 i wyrok Zespołów Arbitrów z dnia 06.02.2006 r., sygn. Akt. UZP/ZO/0-281/06). Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt lub usługa został wykonany, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki są wtedy nieadekwatne, gdy w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia (Przemysław Szustakiewicz, „Zasady Prawa Zamówień Publicznych” , W-wa 2007, wyd. I, str.205).

Skład orzekający Izby uznał, iż warunek Zamawiającego postawiony w przedmiotowym postępowaniu nie jest zbyt wygórowany, zaś twierdzenie Odwołującego, że wystarczające jest wykazanie się jednym zamówieniem, tj. referencją uznał za nieuzasadnione. W tym względzie skład orzekający Izby oparł się m. in na poglądach Zespołu Arbitrów, który tworząc model prawidłowego zachowania się, przy konstruowaniu warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego wskazał, iż ma on obowiązek wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki, a nie przeprowadzonym eksperymentem, czy też próbą. Tak byłoby w przypadku ograniczenia się, jak tego chciałby Odwołujący, do wymagania wykonania zaledwie jednego zadania o podobnym do przedmiotu zamówienia charakterze. Żądanie wykazania się wykonaniem przynajmniej 3 zadań w zakresie porównywalnym nie jest żądaniem wygórowanym ograniczającym wykonawcom dostęp do zamówienia (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 10.02.2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-211/05). Jednocześnie, Skład orzekający Izby, podzielając pogląd Sądu Okręgowego w Krakowie (wyrok z dnia 25.05.2007 r., sygn. akt XII Ga 230/07) stwierdził, iż „w sytuacji, gdy zamówienie obejmuje usługę świadczoną na terenie szpitala, a więc w obiekcie szczególnie wrażliwym na wszelkie nieprawidłowości i wymagającą od wykonawcy nie tylko dysponowania odpowiednim sprzętem, ale również posiadania stosownego doświadczenia, dającego rękojmię prawidłowego i zgodnego z oczekiwaniami zamawiającego jej realizacji” trudno Zamawiającemu zabronić dokonania sprawdzenia wiarygodności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, ani też pozbawić go prawa do ustalenia w jaki to sposób wykonawca ma wykazać posiadane i niezbędne w danej sytuacji doświadczenie, jak też posiadany potencjał techniczny konieczny do właściwego wykonania zamówienia. Zamawiający ma obowiązek postawienia warunków, które spowodują, że wybrany wykonawca wykona zamówienie i zrobi to dobrze (Przemysław Szustakiewicz, „Zasady Prawa Zamówień Publicznych”, W-wa 2007, wyd. I, str.209).

Mając powyższe na względzie, zdaniem składu orzekającego Izby, warunek wykazania się minimum 3 referencjami jest w odniesieniu do zamawiających szpitali bezwzględnie konieczny. Jednakże, w tym stanie faktycznym, zdaniem składu orzekającego Izby, zachodzą szczególne okoliczności. Zamawiający zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika, znajduje się w doskonałej sytuacji finansowej i świadczone przez niego usługi charakteryzują się wysokim, ponad przeciętnym standardem w porównaniu z innymi szpitalami, co nie zostało zakwestionowane w toku rozprawy przez pełnomocnika Odwołującego. Dlatego też uzasadnionym było postawienie warunku wykazania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu sprzątnięcia co najmniej 5 usług w szpitalu posiadającym wszystkie strefy reżimu sanitarnego, w tym nie mniej niż 3 szpitale o drugim poziomie referencyjnym. Ponadto, w postępowaniu niniejszym złożono już oferty i według stwierdzenia Zamawiającego – wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący, przedłożyli wymaganą liczbę referencji. Niniejsze uzasadnione jest dodatkowo faktem, iż przedmiotowe zamówienie ma być realizowane w specjalistycznym szpitalu posiadającym wszystkie strefy reżimu sanitarnego o drugim poziomie referencyjnym - Rozporządzenie MZiOS z 22.12.1998 r. w sprawie Krajowej Sieci Szpitali oraz ich poziomów referencyjnych (Dz. U. nr 164, poz.1193 z 1998 r.). Postawiony warunek dał wykonawcom możliwość wykazania się usługami o różnej wielkości i wartościach. Zamawiający świadczy usługi o wysokim standardzie oraz będąc szpitalem o drugim poziomie referencyjnym i spełniającym wszystkie reżimy sanitarne mógł wymagać podobnie wysokich standardów od wykonawców usług będących przedmiotem zamówienia. Powyższe nie ogranicza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, na co wskazuje także fakt złożenia ofert przez wykonawców, którzy wykazali wymaganą liczbę referencji.

W tym stanie faktycznym, zdaniem składu orzekającego Izby, zostanie osiągnięty przez Zamawiającego zamierzony cel, bez nieuzasadnionego wyłączenia dużej grupy wykonawców. Zgodnie bowiem z ustalonym orzecznictwem nakaz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczania do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty (M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Zakamycze 2005).

Odnosząc się do drugiego zarzutu Odwołującego, kwestionującego zapisy SIWZ, iż wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć po dokonaniu wyboru jego oferty dodatkowy dokument ubezpieczenia, a wolą Zamawiającego jest, aby Wykonawca zawarł umowę ubezpieczenia na kwotę nie mniejszą niż 200 000,00 zł rocznie, stwierdzić należy co następuje:

Należy wyraźnie oddzielić od siebie: a) warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności od b) żądania zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu (a) służy ocenie potencjału ekonomicznego i finansowego wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i ma na celu zminimalizować zagrożenie udzielenia zamówienia podmiotowi, który nie będzie w stanie mu sprostać. Żądanie zawarcia dodatkowej umowy ubezpieczenia ma natomiast służyć zagwarantowaniu tego, aby wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, był w stanie je faktycznie wykonać.

W przedmiotowej sprawie oprotestowany zapis SIWZ został doprecyzowany w projekcie umowy poprzez stwierdzenie, iż chodzi o umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł rocznie.

Należy stwierdzić, iż zgodnie z zasadą swobody umów zawarcie stosownego zapisu w umowie jest dopuszczalne i nie narusza przepisów ustawy pzp, w tym art. 147 i następnę. Zgodnie bowiem z treścią art. 139 ust. 1 ustawy pzp do umów w sprawie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej. W niniejszym przypadku przepisy te nie zawierają szczególnych regulacji; w tym zakresie zatem zasadne jest odwołanie się do art. 353¹ Kc, o ile nie narusza to podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie skorzystał z przysługującego mu prawa do żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy i skupił się na w/w polisie, jako gwarancji zabezpieczenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych pacjentów z tytułu konsekwencji nienależytego wykonania umowy przez wybranego wykonawcę. Fakt, iż Zamawiający żąda polisy na kwotę nie mniejszą niż 200.000,00 zł rocznie, nie generuje po stronie wykonawców znacznych kosztów, choć podobnie jak zabezpieczenie należytego wykonania umowy, jest elementem cenotwórczym oferty. Poza tym, jak przyznał sam Odwołujący, wielkość taka nie jest wygórowana. Powyższe jednak nie ogranicza równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, a także nie narusza uczciwej konkurencji. Takie rozumienie zapisów Zamawiającego nasuwa się po łącznej analizie tak zapisów w SIWZ, jak i projektu umowy. Usuwa to wątpliwości i bezsprzecznie wskazuje to, iż oprotestowany zapis nie ma charakteru warunku podmiotowego.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę fakt, iż polisa od odpowiedzialności cywilnej od prowadzonej działalności gospodarczej odnosi się do całej działalności poszczególnych wykonawców, a Zamawiający z uwagi na swój szczególny charakter jest zobowiązany do zabezpieczenia się przed ewentualnymi szkodami podczas realizacji jego

kontraktu. Stwierdzenie Zamawiającego, iż wysokość takiej polisy wynikała z analizy odszkodowań zasądzonych przez sądy w sprawach odnoszących się do szpitali, skład orzekający Izby uznał za wiarygodne.

Mając powyższe na względzie, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, nie znajdując podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego
W

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*