

Sygn. akt: KIO 2487/16

POSTANOWIENIE
z dnia 17 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Robert Skrzyszewski
Klaudia Szczytowska - Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego **w dniu 17 stycznia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 grudnia 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1) DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica; 2) Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., ul. Ostrowska 474A, 61-324 Poznań; 3) SEBAN Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, 4) PARTNER MEDICA Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica; adres do doręczeń: ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 2 64-600 Oborniki**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica; 2) Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., ul. Ostrowska 474A, 61-324 Poznań; 3) SEBAN Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, 4) PARTNER MEDICA Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica; adres do doręczeń: ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*świadczenie usługi kompleksowego utrzymania czystości oraz transportu wewnętrznego dla SP ZOZ w Obornikach*”, Nr ref. postępowania: ZPU/08/16, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 216 - 393377 z 09.11.2016 r., przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 2 64-600 Oborniki zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 20.12.2016 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Firm: 1) S4H Sp. z o.o., ul. M. Zientary – Malewskiej 24B, 10-302 Olsztyn; 2) Clean Service Sp. z o.o., ul. ul. M. Zientary – Malewskiej 24B, 10-302 Olsztyn; KMOREDER Sp. z o.o., ul. Artyleryjska 3H, 10-165 Olsztyn zwana dalej: „*Konsorcjum S4H*”. Na drugiej pozycji uplasowało się Konsorcjum Firm: 1) DGP CLEAN PARTNER Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica; 2) Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o., ul. Ostrowska 474A, 61-324 Poznań; 3) SEBAN Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, 4) PARTNER MEDICA Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5E, 59-220 Legnica; adres do doręczeń: ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica zwane dalej: „*Konsorcjum DGP*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 30.12.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum DGP wniosła odwołanie na czynności z 20.12.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 30.12.2016 r. (faxem). W dniu 03.01.2017 r. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia braków formalnych odwołania, co uczynił skutecznie w dniu 05.01.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy pomimo, iż treść jego oferty - projekt Planu Higieny dla Sali chorych - jest niezgodna z treścią Załącznika nr 4 pn. „Zasady sprzątnia i dezynfekcji w SP ZOZ w Obornikach” (dalej: „Załącznik nr 4”) do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „*S/WZ*” w następującym zakresie:

- projekt Planu higieny dla sali chorych opracowany przez Wykonawcę (nazwanym przez Wykonawcę „Planem Higieny”) nie zawiera pozycji/czynności mycia kraterk wentylacyjnych - wbrew wymogowi Zamawiającego ze str. 4 Załącznika nr 4, w którym to Zamawiający wymagał mycia kraterk wentylacyjnych „1 x w tygodniu”.

- Plan Higieny zawiera „niewłaściwą krotkość” czynności mycia okien - Zamawiający na str. 4 Załącznika nr 4 wymagał mycia okien „1 x kwartał”, zaś Wykonawca określił - na str. 3 Planu Higieny - mycie wewnątrz i zewnątrz osobno w następujący sposób; „okna od wewnątrz - 1 x w tygodniu”, „okna z zewnątrz - 1 x na miesiąc (kwiecień-listopad)” - powyższe oznacza, że okna nie będą myte na zewnątrz od listopada do kwietnia, co jest niezgodne z wymaganiami określonymi w Załączniku 4.

- Plan Higieny nie zawiera wyszczególnionych pozycji/czynności mycia i dezynfekowania luster w węzłach sanitarnych, zaś wskazuje wyłącznie (na str. 2 Planu Higieny) powierzchnie i częstotliwość mycia i dezynfekowania w następujący sposób - „lustra, przeszklenia wewnętrzne i inne szklane powierzchnie w oddziale - polerowanie - codziennie”. Powyższe oznacza, że zgodnie z Planem Higieny wszystkie lustra będą myte i dezynfekowane 1 x dziennie (w przypadku gdy Wykonawca wykonuje daną czynność więcej niż raz w ciągu dnia wskazuje w Planie Higieny „2 x dziennie” lub „wg potrzeb”), co jest niezgodne z wymogiem Zamawiającego określonym na str. 3-4 Załącznika nr 4 „Mycie węzła sanitarnego” (przez które Zamawiający rozumie mycie i dezynfekcje: „glazury, umywalki, oświetlenia, lustra, uzupełnianie dozowników w mydło, ręczniki i papier toaletowy”) zgodnie z którym lustra w węzłach sanitarnych winny być 2 x dziennie myte i 1 x dziennie dezynfekowane.

- Plan Higieny nie zawiera pozycji/czynności mycia drzwi - co prawda na str. 2 Planu Higieny Wykonawca wskazał na powierzchnię „klamki, drzwi w okolicy dotykowej i włączniki” określając częstotliwość mycia i dezynfekcji jako: „codziennie”, jednocześnie ograniczając powierzchnie drzwi podlegającej myciu i dezynfekcji wyłącznie do „klamki i okolicy dotykowej”, co jest niezgodne z wymogami określonymi przez Zamawiającego w Załączniku nr 4, zgodnie z którymi cała powierzchnia drzwi winna być myta „1 x w miesiącu” (str. 3 i 6) lub „1 x w tygodniu” (str. 7- 8), zaś „Przetarcie uchwytów, klamek, włączników dotykowych” jako odrębna czynność powinna następować codziennie.

Plan Higieny nie zawiera pozycji/czynności przetarcia lamp ściennych i przetarcia lamp sufitowych - jedyną pozycją „oświetleniową” w Planie Higieny są „panele oświetleniowe na salach chorych” wskazane na str. 1 (myte i dezynfekowane codziennie) oraz „osłony żarówek po uprzednim zdjęciu kloszy przez konserwatora zlecniodawcy” wskazane na stronie 3 (myte wg potrzeby nie rzadziej niż 1 x 6 msc.), zaś zgodnie z wymogiem Zamawiającego „Przetarcie lamp ściennych” powinno odbywać się 1 x w tygodniu (str. 3 Załącznika nr 4), zaś „Przetarcie lamp sufitowych” 1 x kwartał - z wyjątkiem sal intensywnej opieki, w których czynność ta powinna odbywać się 1x w miesiącu (str. 4 Załącznika nr 4).

Plan Higieny nie zawiera pozycji/czynności uzupełniania dozowników na mydło i ręczniki, co jest niezgodne z wymogami Zamawiającego określonymi na str. 4-6 Załącznika nr 4, zgodnie z którymi „Uzupełnianie dozowników na mydło i ręczniki” - powinno odbywać się „codziennie”. Plan Higieny zawiera niezgodną z wymaganiami Zamawiającego „krotność” mycia żaluzji - Wykonawca na str. 3 Planu Higieny wskazał, że „czyszczenie żaluzji” będzie odbywać się „wg. potrzeby, nie rzadziej niż 1 x na 6 msc.”, zaś Zamawiający wymagał na str. 3-4 Załącznika nr 4 „Przetarcia żaluzji -1 x w tygodniu”.

Plan Higieny nie uwzględnia dezynfekcji kratk ściekowych oraz syfonów, brodzików i umywalek oraz nie zawiera preparatu na bazie chloru do dezynfekcji syfonów, co jest nie zgodne z wymogiem Załącznika nr 4 pkt. 7, zgodnie z którym dezynfekcja kratk ściekowych oraz syfonów, brodzików i umywalek powinna odbywać się nie rzadziej niż raz na kwartał.

Plan Higieny nie zawiera czynności kompleksowego sprzątnia (gruntownego) całego pomieszczenia, wszystkich powierzchni poziomych i pionowych oraz znajdującego się w nim wyposażenia, sprzętu z odsuwaniem od ścian określonej w Załączniku nr 4 w pkt. 4, tym samym nie zostały w Planie Higieny uwzględnione środki myjące i dezynfekcyjne do wykonania niezbędnych czynności wynikających ze sprzątnia kompleksowego.

Plan Higieny nie zawiera właściwego preparatu do szybkiej dezynfekcji miejsc trudnodostępnych takich jak: kółka w wózkach, balkonikach czy narożniki w wózkach i balkonikach.

Plan Higieny nie zawiera preparatów do inaktywacji powierzchni zanieczyszczonych krwią, płynem ustrojowym itp. zgodnie z wymogiem z pkt 21 załącznika nr 4.

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy pomimo, iż treść jego oferty - wykaz środków do dezynfekcji oraz wykaz środków do mycia i konserwacji - są niezgodne z Załącznikiem nr 4 do SIWZ poprzez nieuwzględnienie przez Wykonawcę w ofercie preparatów na bazie skażonego alkoholu służących do dezynfekcji lamp bakteriobójczych, co jest niezgodne z wymogiem Zamawiającego określonym w Załączniku nr 4 (str. 3), zgodnie z którym do obowiązków Wykonawcy należy dezynfekcja promienników lamp bakteriobójczych zamontowanych w Pracowni RTG i na bloku operacyjnym, co do dezynfekcji których Zamawiający dopuszcza preparat na bazie skażonego alkoholu. Wskazać bowiem należy, iż biorąc pod uwagę instrukcje producentów lamp bakteriobójczych aby lampa nie traciła swoich właściwości winna być myta/dezynfekowana spirytusem 100% lub dopuszczonymi w przedmiotowym postępowaniu preparatami na bazie skażonego alkoholu. Nie przewidzenie w ofercie preparatów na bazie skażonego alkoholu uniemożliwi dokonywanie dezynfekcji lamp bakteriobójczych zgodnie z wymogami Zamawiającego.

3. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt.7b Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę pomimo, iż wybrany Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji oferta konsorcjum nie zawierała wadium

i jako taka podlegała odrzuceniu. Przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium z dnia 7 grudnia 2016 r. została wystawiona na rzecz oferenta jakim była według treści dokumentu gwarancji wyłącznie firma S4H sp. z o. o., nie zaś konsorcjum firm S4H sp. z o.o., Clean Service sp. z o.o. oraz KMORDER sp. z o.o. W dacie udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej S4H sp. z o.o. nie była jeszcze ustanowiona pełnomocnikiem konsorcjum - albowiem dokument ustanowienia pełnomocnika w postaci podmiotu S4H sp. z o.o. opatrzony został datą 9 grudnia 2016 r. W konsekwencji wadium na rzecz konsorcjum nie zostało wniesione a zatem zaniechania uznania oferty Wykonawcy za odrzuconą.

4. art. 7 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

Z ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów Odwołujący podnosi zarzut:

5. art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi sprzątnia przez Clean Service sp. z o.o. na rzecz Specjalistycznego Psychiatrycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Suwałkach, który to jest datowany na dzień 14 marca 2016 roku i dotyczy okresu realizacji usług od 1 listopada 2014 r. do 31 maja 2016 r. Biorąc pod uwagę, iż przedmiotowe referencje nie zostały wystawione przed ukończeniem świadczenia usług, należy przyjąć, iż nie potwierdzają one należytego wykonania tych usług.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20 grudnia 2016 r.
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty Wykonawcy oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów określonych w pkt 1-4 powyżej:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 20 grudnia 2016 r.
2. wezwanie Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia referencji potwierdzającej należyte wykonanie usługi w zakresie usługi sprzątnia na rzecz Specjalistycznego Psychiatrycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Suwałkach.
3. wykluczenia Wykonawcy i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej - w przypadku nieuzupełnienia przez Wykonawcę przedmiotowej referencji.

W dniu 20 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach przeprowadzonej oceny ofert i wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Plan higieny dla sali chorych (nazwany przez Wykonawcę Planem Higieny) stanowiący element koncepcji wykonywania usługi porządkowej traktowany jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej również: „KIO”) nie jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp (a więc dokument podlegający uzupełnieniu na zasadzie art. 26 ust. 3 Pzp), ale jako dokument będący treścią oferty wykonawcy. Przykładowo należy wskazać na następujące wyroki:

- wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2007r., o sygn. akt KIO/UZP/-1416/07, w którym Izba stwierdziła, że: „(...) plan higieny zawiera elementy przedmiotowo istotne przy zawarciu umowy z wykonawcą, a wskazujące na sposób realizacji usługi, w szczególności katalog niezbędnych preparatów do wykonania usługi”, W konsekwencji Izba przyjęła w tej sprawie, iż wskazanie przez wykonawcę w planie higieny preparatów, których zastosowanie w niektórych miejscach opisanych przez zamawiającego w SIWZ jest niemożliwe ze względu na reżim sanitarno - higieniczny, jest równoznaczne z niezgodnością treści oferty z wymaganiami przedmiotowymi SIWZ. Podobne stanowisko KIO wyraziła również w wyroku z dnia 29 marca 2010 r., o sygn. akt KIO/UZP 288/10.

- wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2012 r., o sygn. akt: KIO 2602/12, w którym Izba stwierdziła, że: „W konsekwencji Plan Higieny, niezależnie od tego, że w toku dalszego postępowania ma podlegać zatwierdzeniu przez zamawiającego, jak również ewentualnym zmianom także podlegającym akceptacji zamawiającego, jest częścią oferty i jako taki - podlegać musi ocenie co do zgodności jego treści z treścią siwz”.

- wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 r., o sygn. akt: KIO 590/13, w którym Izba stwierdziła, że: „Zamawiający nie opracował własnego załącznika - wzoru planu higieny, Pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcom określając jedynie minimalne wymaganie, jakim było zawarcie w planie higieny wykazu preparatów i środków, którymi oferent będzie wykonywał usługę - zamawiający wymagał dołączenia do oferty ulotek informacyjnych oferowanych preparatów. Dodatkowo zamawiający odpowiadając na pytanie 15 z dnia 24 października 2013r. o treści „Czy Zamawiający potwierdza, że plan higieny należy sporządzić na podstawie załącznika nr 2 do SIWZ z uwzględnieniem środków myjących, czyszczących, konserwujących i dezynfekujących oraz sprzętu?” wyjaśnił, że tak. Izba zanalizowała załączniki nr 2 załączone do siwz tj. załącznik nr 2 do rozdziału I siwz - Formularz cenowy i załącznik nr 2 do rozdziału II siwz - Zadaniowy zakres czynności objętych umową i uznała, że odpowiedź zamawiającego dotyczy drugiego z wymienionych załączników. Plan higieny był zatem dokumentem samodzielnie i swobodnie opracowywanym przez wykonawcę dodatkowo poza wykazem środków i preparatów określającym zadaniowy zakres czynności objętych umową. W ocenie Izby zatem ten dokument stanowił zobowiązanie wykonawcy co do zakresu usługi- zadaniowego zakresu czynności oraz sposobu jej wykonania czy użytych preparatów i środków, a w wyniku

odpowiedzi zamawiającego skonkretyzowanych do środków myjących, czyszczących, konserwujących, dezynfekujących i sprzętu. Dokument ten w ocenie Izby nie mieści się w pojęciu opis, fotografia próbka, gdyż dotyczy sposobu realizacji tego konkretnego zamówienia publicznego, a nie sposobu organizacji i realizacji danego typu usług w działalności danego wykonawcy. Nie jest to także dokument, o którym mowa w pkt 2 ust. 1 § 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdyż w tej grupie dokumentów wymienione są dokumenty odnoszące się do opisu środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia. W ocenie Izby do tej grupy dokumentów na gruncie przedmiotowego postępowania należeć będą karty charakterystyki, czy ulotki, a nie pian higieny. Izba stwierdziła, że plan higieny nie ma charakteru wyłącznie poglądowego, gdyż z § 1 ust. 4 wzoru umowy wyraźnie wynika, że integralną częścią umowy są zapisy zawarte w ofercie. Nadto w powoływanych przez odwołującego pkt 4 na str. 21 załącznika nr 2 do rozdziału (I siwz oraz § 9 ust. 2 wzoru umowy, wbrew stanowisku odwołującego, w ocenie Izby wynika, że odwołujący jest związany złożonym przez siebie do oferty planem higieny i nie ma możliwości samodzielnego podjęcia decyzji o zmianie środka czy preparatu, a taka zmiana była pozostawiona w ściśle określonych przypadkach do wyłącznej decyzji zamawiającego - § 9 ust. 2 wzoru umowy lub uzależniona od zgody zamawiającego - pkt 4 na str. 21 siwz. Skoro zatem wykonawcę wybranego wiązał plan higieny na etapie realizacji umowy, to jego postanowienia stanowiły element kształtujący oferty i nie mogły podlegać uzupełnieniu ani wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, gdyż mogłoby to prowadzić to do naruszenia art. 87 ust 1 ustawy".

Na marginesie powyższych rozważań stwierdził, iż stanowisko co do uznania, iż Plan higieny stanowi treść oferty i nie podlega wyjaśnieniom, czy uzupełnieniom w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp znajduje oparcie w charakterze tego dokumentu i jego roli w toku wykonywania zamówienia. Prawidłowe sprzątanie i utrzymanie czystości oraz prawidłowa dezynfekcja jest jedną z metod zapobiegania zakażeniom szpitalnym. W celu uniknięcia zagrożeń patogennych w Planie higieny określa się czynności wymagane przy sprzątaniu bieżącym, codziennym i okresowym oraz podaje się schemat postępowania w przypadku występowania chorób zakaźnych i stanów infekcyjnych wymagających zwiększonego reżimu przeciwepidemicznego. Proces utrzymania czystości w warunkach szpitalnych musi uwzględniać wymogi technologiczne oraz specyfikę oddziałów. Wszystkie składniki procesu muszą więc zostać opisane w Planie higieny, a Plan ten musi być bezwzględnie przestrzegany przez wszystkich pracowników. Z tego też powodu Zamawiający żąda przedstawienia projektu Planu higieny dla sali chorych już na etapie wyboru wykonawcy zamówienia, chce mieć bowiem pewność, że wybrany przez niego wykonawca będzie wykonywał usługę w sposób prawidłowy i odpowiadający jego wymaganiom oraz wymaganiom wynikającym z obowiązujących przepisów prawa. Na tej zasadzie, jakiegokolwiek

niezgodności Planu z zapisami SIWZ, które mogą nadto wpływać na stan sanitarny szpitala, są istotnymi uchybieniami oferty.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, iż projekt Planu higieny dla sali chorych został opracowany przez Wykonawcę na podstawie części V ust. 4 pkt 5) SIWZ w zw. z Załącznikiem 4 do SIWZ „Zasady sprzątnia i dezynfekcji w SP ZOZ w Obornikach”, dalej: „Załącznik nr 4”. Plan higieny był zatem dokumentem samodzielnie i swobodnie opracowywanym przez wykonawcę i stanowił zobowiązanie wykonawcy co do zakresu usługi - zadaniowego zakresu czynności oraz sposobu jej wykonania, użytych preparatów i środków określonych w wykazie środków czystości i dezynfekcyjnych.

Zatem w świetle przedstawionych powyżej argumentów oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej należy uznać, iż stanowił on element oferty. Jednocześnie biorąc pod uwagę fakt, iż zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ - Projekt Umowy integralną częścią umowy jest oferta wykonawcy (par. 15 projektu umowy), należy przyjąć, iż wykonawca wybrany w postępowaniu będzie świadczyć usługę, zgodnie z planem higieny załączonym do oferty.

Nie zmienia tego również zastrzeżenie uczynione przez Zamawiającego na str. 3 Załącznika nr 4, zgodnie z którym „Wykonawca będzie zobowiązany do opracowania, w ciągu 1-go miesiąca od rozpoczęcia wykonywania usługi pełnego Planu higieny dla poszczególnych komórek organizacyjnych Szpitala, przedstawienia do akceptacji przedstawicielom Zamawiającego a następnie jego udostępnienia kierownikom komórek organizacyjnych lub pielęgniarkom oddziałowym”, bowiem w świetle przywołanego powyżej orzecznictwa - w szczególności wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2602/12 - niezależnie od tego, że w toku dalszego postępowania Plan higieny ma podlegać zatwierdzeniu przez zamawiającego, jak również ewentualnym zmianom także podlegającym akceptacji zamawiającego, jest częścią oferty i jako taki - podlegać musi ocenie co do zgodności jego treści z treścią SIWZ.

Mając na względzie powyższe przechodząc do oceny pod kątem zgodności z SIWZ dokumentu pn. Plan Higieny, przedstawionego przez Wykonawcę, należy podnieść, iż Wykonawca sporządzając Plan Higieny nie zastosował się do wskazanych w Załączniku nr 4 do SIWZ wymogów Zamawiającego, tj. nie objął swym Planem wszystkich czynności wymienionych w SIWZ lub nie uwzględnił minimalnych wymogów Zamawiającego co do częstotliwości pewnych czynności. I tak:

1. Projekt Planu higieny dla sali chorych opracowany przez Wykonawcę (nazwanym przez Wykonawcę „Planem Higieny”) nie zawiera pozycji/czynności mycia kratki wentylacyjnych - wbrew wymogowi Zamawiającego ze str. 4 Załącznika nr 4 pozycja - „Zakres i częstotliwość

prac z zakresu utrzymania czystości w poszczególnych pomieszczeniach", w którym Zamawiający wymagał mycia kratki wentylacyjnych „1 x w tygodniu”.

Powyższe oznacza oczywistą niezgodność Planu Higieny Wykonawcy z wymogami zawartymi w Załączniku nr 4, a tym samym treścią SIWZ. Jednocześnie w ocenie Odwołującego nieprzewidzenie przez Wykonawcę mycia kratki wentylacyjnych nie można uznać za przeoczenie, lecz należy wywieść z tego, że Wykonawca nie będzie wykonywać przedmiotowej czynności, co może wpłynąć na pogorszenie stanu sanitarno-epidemiologicznego szpitala.

2. Plan Higieny zawiera „niewłaściwą krotkość” czynności mycia okien - Zamawiający na str. 4 Załącznika nr 4 wymagał mycia okien „1 x kwartał”, zaś Wykonawca określił na str. 3 Planu Higieny - mycie wewnątrz i zewnątrz osobno w następujący sposób: „okna od wewnątrz -1 x w tygodniu”, „okna z zewnątrz - 1 x na miesiąc (kwiecień-listopad)”.

Powyższe oznacza, że zgodnie z ofertą Wykonawcy - okna nie będą myte na zewnątrz od listopada do kwietnia, co jest niezgodne z wymaganiami określonym w Załączniku nr 4 do SIWZ.

3. Plan Higieny nie zawiera wyszczególnionych pozycji/czynności mycia i dezynfekowania luster w węzłach sanitarnych, zaś wskazuje wyłącznie (na str. 2 Planu Higieny) powierzchnie i częstotliwość mycia i dezynfekowania w następujący sposób - „lustra, przeszklenia wewnętrzne i inne szklane powierzchnie w oddziale - polerowanie - codziennie”.

Powyższe oznacza, że zgodnie z Planem Higieny wszystkie lustra będą myte i dezynfekowane 1 x dziennie (w przypadku gdy Wykonawca wykonuje daną czynność więcej niż raz w ciągu dnia wskazuje w Planie Higieny 2 x dziennie lub wg potrzeb), co jest niezgodne z wymogiem Zamawiającego określonym na str. 3-4 Załącznika nr 4 do SIWZ „Mycie węzła sanitarnego” (przez które Zamawiający rozumie mycie i dezynfekację: „glazury, umywalki, oświetlenia, lustra, uzupełnianie dozowników w mydło, ręczniki i papier toaletowy”), zgodnie z którym lustra w węzłach sanitarnych winny być myte 2 x dziennie i dezynfekowane 1 x dziennie.

4. Plan Higieny nie zawiera pozycji/czynności mycia drzwi - co prawda na str. 2 Planu Higieny Wykonawca wskazał na powierzchnię „klamki, drzwi w okolicy dotykowej i włączniki” określając częstotliwość mycia i dezynfekacji jako: „codziennie”, jednocześnie ograniczając powierzchnie drzwi podlegającej myciu i dezynfekacji wyłącznie do „klamki i okolicy dotykowej”.

Powyższe zastrzeżenie jest niezgodne z wymogami określonymi przez Zamawiającego w Załączniku nr 4 do SIWZ, zgodnie z którymi cała powierzchnia drzwi winna być myta „1 x w miesiącu” (str. 3 i 6) lub „1 x w tygodniu” (str. 7-8), zaś „Przetarcie uchwytów, klamek, włączników dotykowych” powinno następować codziennie. Zatem

zgodnie z ofertą Wykonawca nie gwarantuje Zamawiającemu mycia drzwi, co stanowi jasny i precyzyjny wymóg określony w SIWZ.

5. Plan Higieny nie zawiera pozycji/czynności przetrarcia lamp ściennych i przetrarcia lamp sufitowych.

Jedyną pozycją „oświetleniową“ zawartą w Planie Higieny przedstawionym przez Wykonawcę są . „panele oświetleniowe na salach chorych” wskazane na str. 1 Planu (myte i dezynfekowane codziennie) oraz „osłony żarówek po uprzednim zdjęciu kloszy przez konserwatora zleceńodawcy” wskazane na str. 3 Planu (myte wg potrzeby nie rzadziej niż 1 x 6 msc.). Powyższe oznacza niezgodność oferty Wykonawcy z SIWZ - bowiem wymogiem Zamawiającego było wykonywanie czynności „Przetrarcia lamp ściennych”, które powinno odbywać się 1 x w tygodniu (str. 3 Załącznika nr 4) oraz „Przetrarcia lamp sufitowych”, które powinno odbywać się 1 x kwartał - z wyjątkiem sal intensywnej opieki, w których czynność ta powinna odbywać się 1x w miesiącu (str. 4 Załącznika nr 4). Jednocześnie w ocenie Odwołującego nieprzewidzenie przez Wykonawcę przecierania lamp ściennych i sufitowych oznacza, iż Wykonawca nie będzie wykonywać przedmiotowej czynności, pomimo jasnych i precyzyjnych wymagań w przedmiotowym zakresie określonych przez Zamawiającego w Si WZ.

6. Plan Higieny nie zawiera pozycji/czynności uzupełniania dozowników na mydło i ręczniki.

Przedmiotowy brak stanowi niezgodność oferty Wykonawcy z wymogami Zamawiającego określonymi na str. 4-6 Załącznika nr 4, zgodnie z którymi „Uzupełnianie dozowników na mydło i ręczniki” - powinno odbywać się „codziennie”. Tym samym brak uwzględnienia przez Wykonawcę uzupełniania dozowników oznacza, iż Wykonawca nie będzie wykonywać przedmiotowej czynności, co może wpłynąć na pogorszenie stanu sanitarno-epidemiologicznego szpitala.

7. Plan Higieny zawiera niezgodną z wymaganiami Zamawiającego „krotność” mycia żaluzji.

Wskazać należy, iż Wykonawca na str. 3 Planu Higieny wskazał, że „czyszczenie żaluzji” będzie odbywać się „wg. potrzeby, nie rzadziej niż 1 x na 6 msc.”. Powyższe oznacza niezgodność z SIWZ, bowiem Zamawiający wymagał na str. 3-4 Załącznika nr 4 „Przetrarcia żaluzji -1 x w tygodniu”.

8. Plan Higieny nie uwzględnia dezynfekcji kraterk ściekowych oraz syfonów, brodzików i umywalek nie rzadziej niż raz na kwartał zgodnie z wymogiem Załącznika nr 4 pkt. 7. Jednocześnie nie wskazano preparatu na bazie chloru do dezynfekcji syfonów.

Powyższe oznacza oczywistą niezgodność Planu Higieny Wykonawcy z wymogami zawartymi w Załączniku nr 4, a tym samym treścią SIWZ.

9. Plan Higieny nie zawiera czynności kompleksowego sprzątnięcia (gruntownego) całego pomieszczenia, wszystkich powierzchni poziomych i pionowych oraz znajdującego się w nim wyposażenia, sprzętu z odsuwaniem od ścian o których mowa w Załączniku nr 4 w pkt 4,

tym samym nie zostały w Planie Higieny uwzględnione środki myjące i dezynfekcyjne do wykonania niezbędnych czynności wynikających ze sprzątania kompleksowego.

Powyższe oznacza oczywistą niezgodność Planu Higieny Wykonawcy z wymogami zawartymi w Załączniku nr 4, a tym samym treścią SIWZ.

10. Plan Higieny nie zawiera właściwego preparatu do szybkiej dezynfekcji miejsc trudnodostępnych.

Wykonawca w wierszu ósmym Planu Higieny w zakresie dezynfekcji sprzętu rehabilitacyjnego zaproponował jedynie preparat do dezynfekcji przez przetarcie (Desam EFEKT) natomiast brak preparatu do dezynfekcji miejsc trudnodostępnych takich jak: kółka w wózkach, balkonikach czy narożniki w wózkach i balkonikach.

Powyższe prowadzi do wniosku, że sprzęt rehabilitacyjny nie będzie prawidłowo zdezynfekowany.

11. Plan higieny nie zawiera preparatów do inaktywacji powierzchni zanieczyszczonych krwią, płynem ustrojowym itp. zgodnie z wymogiem z pkt 21 załącznika nr 4.

Powyższe oznacza oczywistą niezgodność Planu Higieny Wykonawcy z wymogami zawartymi w Załączniku nr 4, a tym samym treścią SIWZ.

Mając na uwadze powyższe stwierdził, iż Wykonawca na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości ingerowania w treść Planu Higieny załączonego do swojej oferty. Wskazane zaś powyżej niezgodności Planu z zapisami SIWZ mają taki charakter, iż niemożliwe jest ich usunięcie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jako tzw. „innej omyłki”, bowiem poprawienie tych omyłek skutkować będzie istotnymi zmianami w treści oferty Wykonawcy (w wyniku tej czynności zakres świadczenia Wykonawcy będzie odmienny od zakresu zaoferowanego przez niego świadczenia). Co więcej, pomyłki te mają taki charakter, że Zamawiający nie może ich usunąć w oparciu o posiadane przez siebie informacje, sposób usunięcia tych pomyłek nie jest więc oczywisty.

Jednocześnie podniósł, iż Wykonawca nie uwzględnił w wykazie środków do dezynfekcji oraz wykazie środków do mycia i konserwacji - stanowiących element oferty /Rozważania dotyczące Planu Higieny jako elementu oferty należy odnieść odpowiednio do wykazu środków czystości i dezynfekcyjnych/ - preparatów na bazie skażonego alkoholu służących do dezynfekcji lamp bakteriobójczych. Powyższe oznacza niezgodność z wymogiem Zamawiającego określonym w Załączniku nr 4 (str. 3), zgodnie z którym do obowiązków Wykonawcy należy dezynfekcja promienników lamp bakteriobójczych zamontowanych w Pracowni RTG i na bloku operacyjnym, co do dezynfekcji których Zamawiający dopuszcza preparat na bazie skażonego alkoholu. Wskazać bowiem należy, iż biorąc pod uwagę instrukcje producentów lamp bakteriobójczych aby lampa nie traciła swoich właściwości winna być myta/dezynfekowana spirytusem 100% lub dopuszczonymi w przedmiotowy postępowaniu preparatami na bazie skażonego alkoholu.

Nie przewidzenie w ofercie preparatów na bazie skażonego alkoholu uniemożliwi dokonywanie dezynfekcji lamp zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ oraz może doprowadzić do utraty właściwości bakteriobójczych przez lampy, co z pewnością wpłynie na pogorszenie stanu sanitarno-epidemiologicznego szpitala.

Reasumując powyższe zarzuty, zaznaczył również, iż konsorcjum firm będące Wykonawcą składa się z podmiotów profesjonalnych, które biorą udział w wielu podobnych postępowaniach organizowanych przez zakłady opieki zdrowotnej, a nadto świadczą już tego typu usługi na rzecz innych zamawiających. W konsekwencji nie sposób przyjąć, iż Wykonawca nie miał wiedzy co do sposobu tworzenia Planu Higieny lub też, że pewnych informacji nie zamieścił w Planie na skutek przeoczenia. Samo zaś złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o przyjęciu na siebie zobowiązania do wykonywania umowy w sposób odpowiadający SIWZ i zasadom w niej wyrażonym, nie oznacza, iż wszelkie niezgodności oferty z SIWZ są pomijane z uwagi na „nadrzędność” zobowiązania do wykonywania umowy zgodnie z SIWZ.

Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust.1 pkt. 7b Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę pomimo, iż wybrany Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, a w konsekwencji oferta konsorcjum nie zawierała wadium I jako taka podlegała odrzuceniu.

Zgodnie z treścią rozdziału XV SIWZ - INFORMACJE NA TEMAT MOŻLIWOŚCI ZŁOŻENIA OFERTY WSPÓLNEJ w punkcie 5 Zamawiający wskazał, iż; „dopuszcza się aby wadium zostało wniesione przez pełnomocnika lub jednego z wykonawców wspólnie składających ofertę”,

Odwołujący wskazuje, iż wybrane konsorcjum nie wniosło wymaganego wadium, w sposób opisany w SIWZ. Przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium z dnia 7 grudnia 2016 r. została wystawiona na rzecz Zobowiązanego - Oferenta jakim była według treści dokumentu gwarancji S4H sp. z o. o, nie zaś konsorcjum firm S4H sp. z o.o., Clean Service sp. z o.o., KMORDER sp. z o.o. W dacie udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej S4H sp. z o.o. nie była jeszcze ustanowiona pełnomocnikiem konsorcjum - albowiem dokument ustanowienia pełnomocnika w postaci podmiotu S4H sp. z o.o. opatrzony został datą 9 grudnia 2016 r.

W dokumentach postępowania znajduje się jedynie wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej w dniu 7 grudnia 2016 r. przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna za numerem 998056110465, wyłącznie na rzecz S4H sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Marii Zientary Malewskiej 24 B. Z treści gwarancji widać, iż tylko ta spółka ubiega się o zamówienie i tylko ona została określona jako „Zobowiązany - Oferent”. W dokumencie wadium brak jest wskazania aby Zobowiązany działał wspólnie z innym podmiotem, bądź działał na zlecenie innego/innych podmiotów,

zatem należy przyjąć, iż Gwarant odpowiada jedynie za działania bądź zaniechania Zobowiązanego, nie jest to zatem gwarancja wystawiona dla wszystkich/w imieniu wszystkich podmiotów tworzących konsorcjum. W związku z powyższym Zamawiający powinien odrzucić ofertę konsorcjum z postępowania mając na uwadze, iż wadium nie podlega uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu, a z obecnej treści nie wynika aby zostało skutecznie wniesione przez wszystkich konsorcjantów bezpośrednio, czy też poprzez ustanowionego pełnomocnika.

Z ostrożności Odwołujący wskazują, iż z obowiązujących przepisów wynika, że:

- 1) zamawiający ma obowiązek żądać wadium od wykonawców w postępowaniach powyżej progów unijnych, wadium musi zabezpieczać rezultat, rozumiany jako enumeratywnie wskazane okoliczności, pominięcie którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium (z jakichkolwiek przyczyn) powoduje, że nie jest ono skutecznie wniesione,
- 2) solidarna odpowiedzialność podmiotów ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia publicznego w formie konsorcjum (art. 141 Pzp) dotyczy wyłącznie ich stosunków z zamawiającymi i nie wywiera skutków prawnych wobec osób trzecich, ponadto solidarna odpowiedzialność konsorcjantów dotyczy tylko etapu wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) do konsorcjum wykonawców nie można stosować przepisów Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.) dotyczących odpowiedzialności solidarnej współników (art. 864 k.c.), ponieważ konsorcjum nie zaciąga własnych zobowiązań ani nie posiada wspólnego majątku, zatem w sferze zewnętrznej konsorcjanci działają samodzielnie lub przez pełnomocników. Pogląd przeciwny nie ma oparcia w przepisach prawa,
- 4) do konsorcjum nie można również zastosować art. 370 k.c. - konsorcjanci nie zaciągają bowiem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia,
- 5) zobowiązanie gwaranta posiada abstrakcyjny i samoistny charakter, który jest niezależny od stosunków łączących gwaranta z dłużnikiem czy dłużnika z beneficjentem.

Mając na uwadze powyższe, nie przesądzając charakteru cywilno-prawnego ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej należy przyjąć, wobec abstrakcyjnego i samoistnego charakteru zobowiązania, że decydujące znaczenie posiada treść gwarancji, jako zakreślająca granicę odpowiedzialności ubezpieczyciela (gwaranta), której celem jest ochrona interesów zamawiającego na wypadek, gdyby wykonawca (podmiot wskazany w gwarancji) nie wykonał któregoś z obowiązków wskazanych w ustawie Pzp, które również muszą zostać wskazane w gwarancji. Nie powinno budzić wątpliwości, że w przypadku indywidualnej gwarancji wadialnej, roszczenia z tytułu takiej gwarancji powstają w razie zaistnienia określonych okoliczności dotyczących wyłącznie tego zobowiązanego wobec braku podstaw prawnych do uznania solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów również za skutki przeszkód w zawarciu samej umowy.

Podkreślił, iż powyższe rozważania nie mają jedynie charakteru teoretycznego, przeciwnie bowiem nie tylko chodzi o wadliwość złożonej gwarancji w warunkach wspólnego ubiegania się o zamówienie, ale o jej nieskuteczność jako wadium. W razie wezwania do realizacji gwarancji z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta, który nie został objęty gwarancją, ubezpieczyciel odmówi wypłaty, gdyż na podstawie umowy gwarancji jest on zobowiązany do świadczenia na rzecz beneficjenta w sytuacjach opisanych w umowie, odnosząc się wyłącznie do wskazanego tam imiennie zobowiązanego/oferenta.

Uzupełniająco należy wskazać, iż uznanie takiego wadium za właściwe rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania drugiego z wykonawców ubiegających się o zamówienie wspólnie, którzy wskazali w złożonej Zamawiającemu gwarancji wszystkich konsorcjantów.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO m.in. w wyroku z dnia 22 maja 2015 r, wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 974/15. Od przywołanego wyroku została złożona skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie, na skutek jej rozpoznania w dniu 10 września 2015 r. Sąd wydał wyrok w sprawie sygn. akt XXIII Ga 1041/15, w którym orzekł, iż „skarga nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd drugiej instancji podziela w całości poczynione przez KIO ustalenia faktyczne, ich prawną ocenę i w konsekwencji przyjmuje je za własne, wskazując: (...) „Przekładając powyższe uwagi na realia niniejszej sprawy wskazać w konsekwencji należy, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Konieczność oceny prawidłowości wadium na podstawie złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom, dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który dla zamawiającego korzystnie lub nie zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium. Wobec powyższego gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna. Stanowisko takie zyskało akceptację w judykaturze. Przytoczyć zatem wypada dla przykładu wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 13 listopada 2009 r. (XII Ga 350/09, LEX 564638), w którym podkreślono, że gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty, co jest wynikiem abstrakcyjnego zobowiązania wynikającego z gwarancji bankowej. Treść gwarancji bankowej powinna nie tylko obejmować wszystkie przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. 2013.poz.907 ze zm.), ale powinna też z punktu widzenia modelowo sporządzonej gwarancji bankowej, wskazywać wykonawcę a więc oba podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego. W literaturze w związku z określeniem w gwarancji jedynie jednego uczestnika konsorcjum wyrażono

obawy czy wystawca gwarancji w przypadku zaistnienia konieczności zapłaty kwoty gwarancji nie będzie usiłował uniknąć płatności, wskazując na brak objęcia gwarancją działań innych wykonawców (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 23. Wyd. 13, Warszawa 2015, Legalis). Niemniej Sąd Okręgowy dostrzega potrzebę dopuszczenia pewnych odstępstw w tym zakresie i wobec tego wystarczające byłoby powołanie się w gwarancji na zwrot „konsorcjum”. Jednakowoż sporna gwarancja bankowa obejmuje jedynie firmę (...) bez oznaczenia, iż działa ona w ramach konsorcjum. Co więcej, w gwarancji bankowej wskazano, że złożono zamawiającemu „ofertę”, a nie wspólną ofertę, co mogłoby również sygnalizować fakt wystawienia gwarancji na konsorcjum. Istotnym zatem jest, że całokształt okoliczności związanych ze złożeniem oferty przesądzać musi o prawidłowości złożenia wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej na jednego z konsorcjantów. Podsumowując ten wątek, stwierdzić należy, że w treści gwarancji bankowej złożonej przez spółkę (...) nie tylko nie został wymieniony drugi członek konsorcjum - (...) sp. z o.o. sp. k., ale nawet nie wskazano, że (...) S.A. składa ofertę w ramach Konsorcjum. Tym samym gwarant może odmówić wypłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium w sytuacji, gdy przesłanki zatrzymania wadium dotyczyć będą (...) sp. z o.o. sp. k. jako członka konsorcjum.” Biorąc pod uwagę wskazane powyżej uchybienia podniósł, iż ich całościowa ocena prowadzi do wniosku, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która powinna podlegać odrzuceniu. Tym samym należy dojść do wniosku, iż przedmiotowe postępowanie nie było prowadzone zgodnie z zasadami konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 Pzp regulującego zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz art. 91 ust. 1 Pzp, dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty. Niezależnie od powyższego z ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów Odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi sprzątnięcia przez Clean Service sp. z o.o. na rzecz Specjalistycznego Psychiatrycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Suwałkach. Przedmiotowy dokument datowany na dzień 14 marca 2016 roku zaświadcza, iż firma Clean Service sp. z o.o. świadczy usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości w placówce w „okresie od 01.11.2014 r. do 31.05.2016 r.”. Biorąc pod uwagę, iż przedmiotowe referencje zostały wystawione przed datą zakończenia świadczenia usługi - w sposób oczywisty nie mogą one potwierdzać faktu należytego jej wykonania. Wskazać jednocześnie należy, iż przepisy ustawy Pzp nie regulują kwestii związanych ze sposobem wystawiania i treścią dokumentów referencyjnych. Aktem prawnym wskazującym na tego rodzaju dokumenty, choć równocześnie nie regulującym zasad ich wystawiania jest Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uprawnienie do wystawiania dokumentów referencyjnych (poświadczeń) jeszcze w trakcie realizacji umowy wynika pośrednio z treści § 2 ust. 4 pkt 2) ww. Rozporządzenia. Zgodnie z przywołanym przepisem dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy może być wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw lub usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie lub wykonywanie świadczenia. Przepisy Rozporządzenia zakładają więc możliwość posługiwania się dokumentami referencyjnymi wystawionymi jeszcze przed końcowym terminem realizacji zamówienia o ile przedmiotem zamówienia są świadczenia okresowe lub ciągłe. A contrario nie mogą stanowić potwierdzenia należytego wykonania usługi referencje wystawione w postępowaniach, których przedmiotem nie są świadczenia okresowe lub ciągłe - a z taką okolicznością mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Powyższe rozumowanie znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie KIO, przytoczyć w tym miejscu należy w szczególności:

- Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r. o sygn. akt KIO 489/16, zgodnie z którym: „W ocenie Izby, referencje z 13 października 2015 r. załączone przez Odwołującego do oferty, nie były wystarczające do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ wobec zakończenia realizacji umowy, do której się odnosiły, powinny być wystawione w odniesieniu do całego zakresu umowy. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów), dowodem należytego wykonania lub wykonywania dostaw lub usług jest poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Przepis ten dopuszcza możliwość posłużenia się poświadczeniem wydanym przed zakończeniem realizacji umowy, z tym że możliwość ta jest ograniczona do sytuacji, gdy świadczenia okresowe lub ciągłe są w trakcie wykonywania na dzień, na który należy wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i u”.

- Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1793/12, zgodnie z którym: „(...) podkreślenia wymaga, że zamawiający miał pełne postawy, by wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentu stanowiącego referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi opisanej w wykazie usług w pozycji 1: usługa wykazana dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonywana była bowiem w okresie 1 lutego 2011 - 31 stycznia 2012, podczas gdy dotyczące jej referencje,

wystawione zostały w dniu 14 października 2011 r. potwierdzają zatem należyte wykonanie usługi do tej daty. (...) Stąd za uzasadnione w tych okolicznościach należy uznać wystosowanie przez zamawiającego wezwania do odwołującego do uzupełnienia dokumentu referencji wystawionego po zakończeniu świadczenia usługi. Jakkolwiek bowiem celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania usługi, to na gruncie analizowanej sprawy, skoro przedmiot usługi obejmuje świadczenie jej przez okres 1 lutego 2011 r. do 31 stycznia 2012 r., referencie powinny potwierdzać należyte wykonanie usługi w tym okresie. W przeciwnym bowiem wypadku mamy do czynienia z potwierdzeniem należytego wykonania usługi jedynie do dnia 14 października 2011 r., co uniemożliwia zbadanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w aspekcie wartości świadczonej usługi." Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi sprzątnięcia jest uzasadniony.

Zamawiający w dniu 30.12.2016 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpień nie miały miejsca.

W dniu 04.01.2017 r. (e-mailem), a 11.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO – kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przesłana wraz z dokumentacją postępowania) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której stwierdził, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z 30.12.2016 r. Uznał zarzuty za zasadne, i jak stwierdził unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 20.12.2016 r., co uczynił – 03.01.2017 r. Pismo zostały podpisane przez Dyrektora - mgr M. L. zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z załączonego do dokumentacji postępowania przesłanej 11.01.2017 r. - wydruku KRS-u. Izba wyjaśnia, że pismo uwzględniające odwołanie w całości zostało załączone do e-maila z 04.01.2017 r. dotyczącego zupełnie innej kwestii, tj. terminów i wartości zamówienia. Zaś, w dokumentacji, znajduje się wiadome uwzględnienie na karcie 524-525 dokumentacji. Z uwagi na wyznaczenie terminu posiedzenia (przesłane 13.01.2017 r.) - Zamawiający dodatkowo potwierdził okoliczność uwzględnienia odwołania w całości i wyjaśnił zaistniałe okoliczności w piśmie przesłanym w e-mailu z 13.01.2017 r. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 2487/16 na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:.....

.....

.....