

Olsztyn, dnia 3 października 2021 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

**Szpital Wojewódzki  
im. dr Ludwika Rydygiera w Suwałkach  
16-400 Suwałki, ul. Szpitalna 60  
KRS 0000057017  
nr telefonu: + 48 87 56 29 582  
w.uzdzilo@szpital.suwalki.pl**

**Odwołujący:**

**S4H sp. z o.o. w Olsztynie  
NIP 7393871042, KRS 0000529764  
Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie  
NIP 7393930661, KRS 0000797803  
reprezentowane przez:  
Rafała Mordasiewicza  
10-170 Olsztyn, ul. Gietkowska 10  
nr telefonu: + 48 89 679 77 06  
rafal.mordasiewicz@cleanservices.pl**

**Nr ogłoszenia 2021/S 131-347657 z dnia 9 lipca 2021 r.  
(L.dz.SZW.DZI.262. 420/23/PN/WU/2021)**

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi czystościowo-porządkowe, dezynfekcyjne, dezynsekcyjne, deratyzacyjne, transport wewnętrzny oraz inne czynności pomocnicze w oddziałach Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach  
**Znak: 23/PN/WU/2021**

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu odwołującego konsorcjum S4H sp. z o.o. w Olsztynie i Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, występujących w ramach konsorcjum, stosownie do reprezentacji (odpisy KRS składam w załączeniu) - na podstawie art. 513 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 ze zm.), dalej jako: Pzp - niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami w/w ustawy czynności podjętych w postępowaniu przez zamawiającego, polegających na:

- bezpodstawnym wezwaniu odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami,

- odrzuceniu oferty odwołującego, w sytuacji, gdy oferta jest zgodna z warunkami Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez wadliwe przyznanie punktów wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Zarzucam zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, oraz w sposób przejrzysty, albowiem motywy przekazanej decyzji o odrzuceniu oferty są lakoniczne i niejasne i w zasadzie nie wiadomo dlaczego zamawiający nie podzielił wyjaśnień odwołującego, do złożenia których go zobowiązał,

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego oraz wadliwe i błędne przyjęcie, że oferta złożona przez odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy odwołujący od chwili złożenia zamawiającemu oferty spełnia warunki udziału w postępowaniu i dysponuje (i dysponował) zasobami podmiotu, który udostępnił mu swoje zasoby,

- art. 239 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż odwołujący spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą i gdyby zamawiający nie dokonał niezgodnego z prawem odrzucenia oferty odwołującego i dokonał zgodnej z prawem oceny ofert, to oferta odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą,

- art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy przedmiotowa oferta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, oraz podczas gdy najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący,

- art. 122 ust. 1 Pzp, poprzez niewłaściwą wykładnię i zastosowanie, albowiem zamawiający bezzasadnie podjął czynności określone w tym przepisie, tj. wezwał odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami, w sytuacji, gdy podmiot trzeci spełnia warunki udziału w postępowaniu;

- § 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), poprzez bezpodstawne założenie, że załączone dokumenty wystawione przez Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny w Kaliszu nie potwierdzają, że usługi zostały wykonane należycie.

W oparciu o powyższe zarzuty - na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp - wnoszę o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto - na podstawie art. 573 Pzp - wnoszę o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu.

**Przy czym wnoszę by – w miarę możliwości – nie wyznaczać rozprawy w czwartek lub piątek. Powyższe koliduje z wcześniej podjętymi przeze mnie zobowiązaniami.**

Jednocześnie podnoszę, że odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż – stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp - posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ jest jednym z wykonawców, mogących zrealizować zamówienie, będące przedmiotem prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Wskazuję przy tym, że interes odwołującego w uzyskaniu tego zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Pzp.

## U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Szpital Wojewódzki im. dr Ludwika Rydygiera w Suwałkach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są usługi czystościowo-porządkowe, dezynfekcyjne, dezynsekcyjne, deratyzacyjne, transport wewnętrzny oraz inne czynności pomocnicze w oddziałach Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach (znak: 23/PN/WU/2021). Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwotę określoną w obwieszczeniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wydanym na podstawie w art. 3 ust. 2 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 131-347657 (L.dz.SZW.DZI.262. 420/23/PN/WU/2021).

Zamawiający w rozdziale 8 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zatytułowanym „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, w pkt 1 ppkt 4 o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu zgodnie z art. 112 ust. 1 pkt 2 Pzp mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, w następującym zakresie – zdolności technicznej lub zawodowej – zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe do należytego wykonania zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że:

- w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy co najmniej 2 usługi sprzątania obiektów szpitalnych o powierzchni sprzątanej, nie mniejszej niż 15.000 m<sup>2</sup> z których co najmniej jeden posiada blok operacyjny oraz załączy dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

- do realizacji przedmiotowego zamówienia skieruje osoby odpowiedzialne za świadczenie usług i kontrolę jakości, posiadające wymienione poniżej doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego:

a) Kierownik obiektu – 1 osoba, która posiada co najmniej 12-miesięczny, nabyty w okresie ostatnich 3 lat, wynikający z jednego kontraktu staż pracy, polegający na kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem czystości w obiektach szpitalnych, organizację transportu.

b) Brygadzysta – 1 osoba, która posiada co najmniej 12-miesięczny, nabyty w okresie ostatnich 3 lat, wynikający z jednego kontraktu staż pracy i przygotowanie merytoryczne do realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie, w tym samym rozdziale SWZ, zamawiający zawarł informację dla wykonawców polegających na zasobach podmiotów trzecich. Otóż zamawiający wskazał, że: „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby ma potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą”.

Odwołujący w dniu 10 sierpnia 2021 r. złożył ofertę. W celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odwołujący polega na zdolności podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe i Usługowe DELFA Bogumił Paciorek z siedzibą w Warszawie. Taka forma współpracy była wielokrotnie prowadzona pomiędzy odwołującym a PPHiU DELFA Bogumił Paciorek przy innych projektach. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odwołujący - w załączniku nr 6 „Wykaz usług” - wskazał dwie, następujące usługi:

- usługa kompleksowego utrzymania czystości w obiektach Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie,
- usługa kompleksowego utrzymania czystości i stanu sanitarnohigienicznego oraz transportu odpadów medycznych i komunalnych dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu.

Zamawiający, działając w trybie art. 222 ust. 4 Pzp, poinformował, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 11.700.000,00 zł brutto.

W dniu 10 sierpnia 2021 r. nastąpiło otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu, w którym wpłynęły trzy oferty:

- Konsorcjum Impel System sp. z o. o. we Wrocławiu, Impel Facility Services sp. z o. o. we Wrocławiu, Hospital Service sp. z o. o. we Wrocławiu, ARS Medica sp. z o. o. we

Wrocławiu – cena oferty 12.064.198,68 zł,

- Konsorcjum firm: Food Investment S.A. w Gdyni, Fudeko Med sp. z o.o. w Gdyni, Rebus sp. z o.o. w Gdyni – cena oferty 12.653.367,48 zł,

- Konsorcjum S4H sp. z o.o. w Olsztynie, Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie – cena oferty 11.473.739,28 zł.

Z rankingu ofert z kolei wynika, że oferta odwołującego jest korzystniejsza cenowo od oferty wykonawcy wybranego to jest konsorcjum Impel System sp. z o.o. we Wrocławiu. Tym samym spełniony zostaje wymóg przesłanki do wniesienia odwołania z racji interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2021 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący pismem z dnia 27 sierpnia 2021 r. poinformował, że usługa wykonana przez podmiot trzeci na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, świadczona była przez konsorcjum firm, w ramach którego podział realizowanych zadań był zgodny z załączonym oświadczeniem lidera konsorcjum. Umowa w zakresie kompleksowego utrzymania czystości i stanu sanitarno-higienicznego oraz transportu odpadów medycznych i komunalnych dla szpitala w Kaliszu, wykonana przez podmiot trzeci, na którego doświadczenie powołuje się konsorcjum przy spełnieniu warunków udziału dotyczącej zdolności technicznej lub zawodowej została zrealizowana należycie. Wykonawca przedłożył przedmiotową umowę wraz z fakturami za ostatnie 12 miesięcy. Faktury te zostały przez Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu przyjęte i opłacone. Potwierdzenia przelewów zostały załączone do w/w pisma. Ponadto odwołująca wskazała, że należyte wykonanie umowy zostało zabezpieczone gwarancją ubezpieczeniową przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A., któremu zwrócono dokument gwarancji bez potrąceń. Jednocześnie odwołujący wskazał, że szpital w Kaliszu nie odpowiada na kierowaną korespondencję. Już po zakończeniu umowy konsorcjum występowało do szpitala z wnioskiem o potwierdzenie wykonania umowy – bezskutecznie.

Następnie, zamawiający pismem z dnia 13 września 2021 r. – w trybie art. 122 Pzp – wezwał odwołującego by „w terminie 2 dni zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Odwołujący w określonym terminie, tj. w dniu 15 września 2021 r., przedłożył następujące dokumenty:

- poświadczenie należytego wykonania umowy na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie (dla usługi nadal wykonywanej),
- oświadczenie własne podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje (dla usługi wykazanej w szpitalu w Kaliszu, której realizacja zakończyła się z dniem 30 listopada 2020 r.),
- zaświadczenie dyrektora Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu z dnia 8 września 2021 r.,
- oświadczenie wykonawcy – lidera konsorcjum z dnia 16 sierpnia 2021 r.,
- poświadczenie działu epidemiologii Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego im.

Ludwika Perzyny w Kaliszu z dnia 5 lutego 2020 r.,

- faktury za 12 ostatnich miesięcy świadczenia usługi wystawione przez podmiot trzeci z tytułu realizacji umowy nr 79/EZ/DL/16 wraz z potwierdzeniem ich zapłaty,
- zwrócenie ubezpieczycielowi ERGO HESTIA S.A. przez Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Kaliszu gwarancji należytego wykonania umowy bez potrąceń i roszczeń na rzecz beneficjenta gwarancji.

Zawiadomieniem z dnia 23 września 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego, argumentując, że „Wykonawca nie potwierdził należytego wykonania zamówienia wskazanego na spełnianie warunku udziału w postępowaniu”. Jako podstawę prawną zamawiający wskazał przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp (oferta złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu).

W ocenie odwołującego odrzucenie jego oferty jest bezpodstawne. Przedmiotowa oferta odpowiada bowiem treści specyfikacji warunków zamówienia. Opisane powyżej okoliczności pozwalają przyjąć, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, dokonał naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, kierując się błędnym, nieuzasadnionym założeniem, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy odwołujący zarówno w chwili złożenia oferty, jak i w chwili wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty, spełniał warunki udziału w postępowaniu, dysponując oświadczeniem podmiotu, który udostępnił mu swoje zasoby (a podmiot ten nie cofnął złożonego oświadczenia woli o udostępnieniu swoich zasobów odwołującemu).

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast według przepisu art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (art. 118 ust. 1 Pzp).

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 Pzp).

W niniejszej sprawie odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykazał dwa zamówienia, w tym jedno wykonane przez PPHiU DELFA Bogumił Paciorek z siedzibą w Warszawie. Dokumenty, jakie odwołujący przedłożył

zamawiającemu na potwierdzenie należytego wykonania wskazanych usług to m.in. pismo z dnia 8 września 2021 r. wystawione przez szpital w Kaliszu skierowane do Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego i Usługowego DELFA Bogumił Paciorek z siedzibą w Warszawie, w którym to szpital potwierdza zakres umowy, wartość umowy oraz termin obowiązywania umowy. Nie sposób przyjąć, że przedstawiony dokument nie potwierdza, iż umowa została wykonana należycie.

Z przyczyn obiektywnych odwołujący nie jest w stanie uzyskać referencji jakie „wymyślił” sobie zamawiający. Oczywiście jest bowiem to, że wykonawca zwracając się do wystawcy referencji o ich uzyskanie nie może mieć wpływu na ich kształt (a nawet jeżeli w jakimś zakresie byłoby to możliwe, to ustalenie brzmienia referencji w taki sposób, aby odpowiadały one warunkom w różnych postępowaniach, jest bardzo utrudnione). Tym samym zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, aby z treści referencji, pochodzącej od podmiotu trzeciego, zwykle wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem, w którym zostaje złożona, wynikało coś więcej niż potwierdzenie wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy (vide: wyroki KIO z dnia 16 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO 1581/17 oraz z dnia 9 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 44/18).

Niedopuszczalna i bezprawna jest praktyka zamawiającego, polegająca na domaganiu się od odwołującego, aby wyłącznie przy pomocy listów referencyjnych o ściśle określonej treści udokumentował należyte wykonanie zamówienia.

Również Pzp oraz obowiązujące obecnie – cytowane na wstępie – rozporządzenie 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, nie definiuje dokumentów, jakie należy złożyć na potwierdzenie należytego wykonania dostaw lub usług. Do wykazu usług powinny być dołączone dowody, czy zostały one wykonane należycie. Dowody te nie ograniczają się jednak jedynie do dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Takimi dokumentami mogą być nie tylko listy referencyjne, ale też protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty. W omawianych przepisach nie ma mowy o treści listów referencyjnych. Nie istnieje ani żaden normatywny wzorzec poświadczenia, ani też nie ma żadnych ugruntowanych zwyczajów w zakresie wywodzenia skutków prawnych z faktu wystawienia przez poprzedniego kontrahenta dokumentu - „zaświadczenia”. Dokument ten, jak każde inne oświadczenie woli musi podlegać wykładni. W tym przypadku rezultat tej wykładni, dokonywanej w kontekście faktu, iż wystawca dokumentu był zamawiającym w rozumieniu Pzp i z pewnością znał przepisy, Pzp oraz aktów wykonawczych do tej ustawy, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że dokument wystawiony przez szpital w Kaliszu jest wystarczający.

„Referencje mogą mieć charakter ogólny i potwierdzać należyte wykonanie zamówienia, gdyż taki jest cel ww. dokumentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” (vide: wyrok KIO z dnia 17 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1701/19).

Wykonawcy mogą zachować dowolność formy, a także treści przedkładanych dokumentów, na którą w większości przypadków nie mają wpływu. Katalog dokumentów, które mogą potwierdzać należyte wykonanie usług jest katalogiem otwartym (vide: wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 1348/13).

Choć w praktyce dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie robót, dostaw lub usług często nazywa się referencjami, niekoniecznie wymaganym dokumentem będzie dokument o nazwie „referencja”. Prawodawca pozostawił dużą swobodę w tym zakresie, wymagając jedynie, aby z przedstawionego dokumentu wynikało, że usługi zostały wykonane należycie. W konkretnych przypadkach za takie dokumenty mogą zostać uznane np. pisemne potwierdzenia prawidłowego wykonania, protokoły odbiorów końcowych, a nawet pismo zamawiającego skierowane do wykonawcy po zakończeniu realizacji zamówienia, towarzyszące zwracanej gwarancji należytego wykonania (vide: wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 645/13).

Faktury i obciążenia (uznania) rachunku mogą być uznane za dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umowy. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej faktura wystawiona przez wykonawcę dla zamawiającego, jest jednym z możliwych do przedstawienia dokumentem, albowiem potwierdza prawidłową realizację umowy, gdyż zwyczajowo przyjęte jest, że dowód zakupu wystawiany jest po dokonaniu takowego, z uwzględnieniem wszystkich aspektów związanych z odbiorem usługi i sprawdzeniem jej prawidłowości, zakresu, itp. (vide: wyrok KIO z dnia 10 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1728/18).

W drodze uzupełnienia odwołujący, aby rozwiać wszelkie wątpliwości zamawiającego, załączył potwierdzenia zapłaty za faktury VAT w pełnej ich wysokości wystawione przez PPHiU DELFA Bogumił Paciorek (12 potwierdzeń operacji bankowych – przelewów). Powyższe potwierdza wykonanie prac zgodnie z umową i niezbiecie dowidzi, że faktury (a tym samym wykonane usługi) zostały zaakceptowane bez zastrzeżeń. Powyższe potwierdza również to, iż w trakcie realizacji umowy (1 marca 2017 r. – 30 listopada 2020 r.), PPHiU DELFA Bogumił Paciorek otrzymał referencje, a gwarancja należytego wykonania umowy wystawiona przez Ego Hestia S.A. została zwrócona (beneficjent gwarancji – szpital w Kaliszu nie wystosował żadnych roszczeń). Wszak o należyтым wykonaniu świadczenia można mówić, jeżeli interes wierzyciela określony umownie zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania, a więc przy wykonaniu „zgodnie z umową”. Z taką sytuacją – bez wątplenia – mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

W ocenie odwołującego jest sprzeczne z zasadami logiki domniemanie (no bo nie wywód) zamawiającego, iż skoro dokument wystawiony przez szpital w Kielcach nie został nazwany referencjami, to należy przypuszczać, iż nie potwierdza on należytego wykonania usługi. Doświadczenie życiowe wskazuje bowiem, iż podmiot, który ma zastrzeżenia do sposobu spełnienia świadczenia przez swojego dłużnika albo w ogóle odmawia mu wydania dokumentu tego rodzaju, albo też w jego treści umieszcza wzmiankę wskazującą na aspekt nienależytego wykonania zobowiązania. Co więcej, nie opłaca faktury i dokonuje stosownych potrąceń (np. kar umownych). Tymczasem w poświadczeniu wystawionym przez szpital w Kaliszu nie ma takiego zastrzeżenia, a literalna treść dokumentu potwierdza wykonanie usługi przez PPHiU DELFA Bogumił Paciorek.

Raz jeszcze należy zaznaczyć, że odwołujący nie ma wpływu na treść referencji wystawianych przez autonomicznego zamawiającego, gdyż wykonawca nie może nakazać lub zakazać zamawiającemu umieszczania odpowiedniej treści dokumentu. Podkreślić przy tym należy, że jakiegokolwiek negatywne zachowanie wykonawcy podczas realizacji zamówienia z pewnością zostałoby wskazane, a skoro brak takich negatywnych informacji należy przyjąć, że umowa została wykonana należycie.



Dla interpretacji dokumentu poświadczenia wystawionego przez szpital w Kaliszu istotne znaczenie ma również kontekst sytuacyjny, w którym doszło do złożenia tego oświadczenia. Do tak jednoznacznego wniosku skłania treść art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W tym przypadku kontekst sytuacyjny wystawiania „zaświadczenia” z dnia 5 lutego 2020 r. oraz pisma z dnia 8 września 2021 r. przez szpital w Kaliszu jednoznacznie wskazuje, iż, podmiot ten chciał potwierdzić wykonanie usług z należytą starannością, o których pisał w poświadczeniu. Wszak w innym razie nie wystawiłby w/w pism. „Skoro w treści dokumentów nie wprowadzono żadnych zastrzeżeń co do jakichkolwiek uchybień przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówień, nie można wysunąć twierdzenia, że wykonawca w sposób nieprawidłowy wykonał wykazywane przez siebie zamówienia w wykazie usług.” – tak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 851/14. Tym samym przy ocenie dokumentów potwierdzających należyte wykonane zamówienia należy brać pod uwagę całą treść dokumentu.

W Krajowej Izbie Odwoławczej wykształcił się pogląd wskazujący, że sam fakt wystawienia referencji, ze względu na pozytywne zabarwienie słowa referencja, oznaczającego faktycznie tyle co polecenie kogoś, oznacza potwierdzenie należytego wykonania usług (vide: wyrok KIO z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2121/19). Wprawdzie wskazane powyżej pisma szpitala w Kaliszu nie zostały opatrzone nazwą „referencje”, niemniej jednak okoliczność ta nie pozbawia ich charakteru referencji. Istotna pozostaje bowiem ich treść.

Zamawiający zdaje się żądać przedłożenia dokumentu obejmującego sformułowania wprost wskazujące na należyte zrealizowanie usługi. Żąda by odwołujący przedstawił dokument, w którego treści znajduje się sformułowanie: „należycie wykonane”. Tymczasem żądanie złożenia kolejnych dokumentów, stanowi zbędny formalizm i działanie przedłużające postępowanie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt: KIO 1274/19, przyjęła, że: „brak sformułowania "wykonywane prawidłowo" czy znaczeniowo tożsamy (... ) tego rodzaju sformułowań nie dyskwalifikuje dokumentu jako potwierdzającego należyte wykonanie dostawy lub usługi. Podnieść należy, że potwierdzenie przez odbiorcę, że używa aplikacji / rozwiązania stanowi potwierdzenie realizacji celu zamówienia, a fakt, że potwierdzenie to nie zawiera zastrzeżeń pozwala uznać, że zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a tym samym należyście.”

W tym miejscu należy wskazać, że odwołujący nie był w stanie uzyskać „klasycznych” referencji dla PPHiU DELFA Bogumił Paciorek od szpitala w Kaliszu. Odwołujący skierował stosowny wniosek do szpitala w Kaliszu, ten jednak zignorował tę prośbę. To świadczy o niemożności uzyskania dowodów z przyczyn niezależnych od odwołującego. Odwołujący wskazał zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, oraz że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określił przyczynę nieuzyskania takich dokumentów (vide: pismo z dnia 27 sierpnia 2021 r.). Odwołujący wyraźnie wskazał jakie przyczyny niezależne od niego zadecydowały o niemożności uzyskania dowodów sporządzonych przez podmiot na rzecz, którego PPHiU DELFA Bogumił Paciorek wykonywał usługi. Nie sposób zatem zarzucić odwołującemu, iż nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej, mimo ciążyącego na nim obowiązku. Przeciwnie, odwołujący starał się sprostać wygórowanym oczekiwaniom zamawiającego. Odwołujący podjął starania w celu pozyskania

dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Nie był jednak w stanie pozyskać stosownych dokumentów, pomimo, że podjął środki w celu ich pozyskania. Co więcej odwołujący przedstawił nowe dowody. Powyższe okoliczności wskazują na istnienie uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, powodujących po stronie odwołującego brak możliwości doręczenia „świeżych” klasycznych referencji, które przybrałyby formę tzw. laurki.

Tym samym należy przyjąć, że odwołujący przedstawił dokumenty zawierające w swej treści potwierdzenie należytego wykonania usługi. Faktury bez wątpienia są potwierdzeniem należytego wykonania umowy. Zwłaszcza, że zostały przedłożone z innymi dokumentami, które czytane łącznie pozwalają ponad wszelką wątpliwość uznać, że usługa została wykonana zgodnie z oczekiwaniami podmiotu, na rzecz którego była wykonywana (zarówno pod względem zakresu, jakości jak i terminów). Zapłata kwot wynikających z faktur jednoznacznie potwierdza wykonania pełnego zakresu usług, zgodnie ze wszystkimi postanowieniami umowy i w terminach umownych. Co więcej, potwierdza brak potrąceń z wynagrodzenia należności z tytułu kar umownych za nienależyte wykonanie umowy. W związku z powyższym należy uznać, że przedłożone przez odwołującego dokumenty w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zastosowanie dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy może mieć miejsce tylko w przypadku, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie. Odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty.

Z okoliczności, że w/w przedłożone dokumenty nie zawierają wszelkich danych, które służą potwierdzeniu należytego wykonania wcześniej zrealizowanego kontraktu nie można wywieść, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Referencje są wystawiane przez podmiot trzeci i ich treść nie zawsze będzie tożsama z treścią warunku określonego w postępowaniu. Treść referencji nie jest formułowana dla konkretnego postępowania, ale zależy każdorazowo od podmiotu, który je wystawia. Tym samym nie było jakichkolwiek podstaw do zastosowania w sprawie art. 122 Pzp.

Odnosząc się natomiast do uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, należy wskazać, że w istocie zawiera ono liczne braki w zakresie okoliczności faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty. Zamawiający nie wyjaśnił w uzasadnieniu, na jakiej podstawie poczynił ustalenia odnośnie braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów i przede wszystkim nie odniósł się do postanowień SWZ, z którymi oferta jest niezgodna. W zasadzie zamawiający nie przedstawił żadnych konkretnych motywów odrzucenia oferty odwołującego. Takie działanie należy uznać za naruszające art. 16 pkt. 1 i 2 Pzp, w tym zasadę przejrzystości postępowania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego oferenta o motywach wyeliminowania go z postępowania o udzielenie zamówienia może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Zamawiający zobowiązany jest w sposób rzetelny i szczegółowy uzasadniać

czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby wykonawcy mieli możliwości chociażby prawidłowego sformułowania zarzutów odwołania, czy uzasadnienia okoliczności faktycznych i prawnych.

Jednocześnie odwołujący wskazuje, że przysługuje mu prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp jako, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców, mogących zrealizować zamówienie, będące przedmiotem prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

W świetle podniesionych zarzutów, nie ulega wątpliwości, że dokonane przez zamawiającego naruszenia wymienionych przepisów Pzp mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych też przyczyn niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Mając na względzie powyższe, wnoszę jak na wstępie.

załączniki:

- 1) informacja odpowiadająca aktualnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców S4H sp. z o.o. w Olsztynie,
- 2) informacja odpowiadająca aktualnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców Medicare Services sp. z o.o. w Olsztynie,
- 3) dowód uiszczenia wpisu,
- 4) potwierdzenie przesłania kopii odwołania zamawiającemu.

*Rafał Mordasiewicz*