Sygn. akt: KIO 2141/21

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **w dniu 30 sierpnia 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 lipca 2021 r.** przez **JANTAR 2 Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk**w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku, ul. Obrońców Wybrzeża 4, 76-200 Słupsk**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: 1) Impel System Sp. z o. o. - lider konsorcjum; 2) Impel Facility Services Sp. zo. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 3) Ars Medica Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 4) Hospital Service Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; z adresem dla siedziby lidera konsorcjom: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 - 3 Ustawyz dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zakresie określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz nieprzejrzysty i nieproporcjonalny, poprzez wprowadzenie w wyniku zmiany pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, warunku łącznego wykonania, w ramach jednej usługi, na rzecz podmiotu leczniczego, trzech odmiennych rodzajowo usług, odpowiednio w zakresie: a) kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych, b) sprzątania terenu zewnętrznego, c) prac remontowo-konserwacyjnych**
   i nakazuje Zamawiającemu: Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku,ul. Obrońców Wybrzeża 4, 76-200 Słupsk unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 Ustawyz dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), w konsekwencji podnoszonego przez Odwołującego zarzutu, mając na uwadze, że Zamawiający w dniu 19.07.2021 r. dokonał otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu, a w dniu 26.07.2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Kosztami postępowania obciąża **Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku,ul. Obrońców Wybrzeża 4, 76-200 Słupsk** i:
   2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczona przez **JANTAR 2 Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk**tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od **Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku, ul. Obrońców Wybrzeża 4, 76-200 Słupsk**na rzecz **JANTAR 2 Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk**kwotę **19 682 zł 40 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset osiemdziesiąt dwa złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu, wydatków pełnomocnika i kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2124/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: *„Wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych, prac remontowo-konserwacyjnych oraz usługi sprzątania terenów zewnętrznych w obiekcie CZP w Słupsku przy ul. Obrońców Wybrzeża 4, nr post. 04/PN/202*; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.06.2021 r. pod nr 2021/S 112-293047 przez: Centrum Zdrowia Psychicznego w Słupsku, ul. Obrońców Wybrzeża 4, 76-200 Słupsk zwany dalej: *„Zamawiającym”*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.), zwana dalej *„NPzp”* albo *„Pzp”* albo *„PZP”*.

W dniu 07.07.2021 r. (na stronie internetowej) Zamawiający opublikował modyfikacje postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SWZ”* w tym samym dniu została w analogicznym zakresie dokonana zmiana treści ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 129-343545.

W dniu 19.07.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) JANTAR 2 Sp. z o.o.ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk zwane dalej: *„JANTAR 2 Sp. z o.o.”*albo *„Odwołującym”* wniosła odwołanie na czynności z 07.07.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 15.07.2021 r. (e-mailem). Odwołująca zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
•art. 16 pkt 1 - 3 Pzp w zakresie określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz nieprzejrzysty i nieproporcjonalny, poprzez wprowadzenie w wyniku zmiany pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, warunku łącznego wykonania, w ramach jednej usługi, na rzecz podmiotu leczniczego, trzech odmiennych rodzajowo usług, odpowiednio w zakresie:
a)kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych,
b)sprzątania terenu zewnętrznego,

c)prac remontowo-konserwacyjnych. W związku z powyższym zarzutem wnosił o nakazanie zamawiającemu: - zmianę pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej poprzez:

1) nadanie nowego brzmienia np. o następującej treści:

Minimalne warunki dotyczące doświadczenia Wykonawcy,

Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował:

a) co najmniej 3 usługi obejmujące swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania min. 4500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy,

b) co najmniej 1 usługę obejmującą swym zakresem sprzątanie terenów zewnętrznych,

c) co najmniej 1 usługę obejmującą prace konserwacyjne w budynkach,

w celu oddzielnej oceny spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie świadczenia kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych oraz oddzielnej oceny spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie sprzątania terenów zewnętrznych i oddzielnej oceny spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia zakresie usług remontowo-konserwacyjnych, *ewentualnie*

2) przywrócenie dotychczasowego brzmienia pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców w zakresie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o następującej treści:

"Minimalne warunki dotyczące doświadczenia Wykonawcy:

Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej 3 usługi obejmujące swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania minimum 4 500 m" przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy."

w celu oceny tylko i wyłącznie spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie świadczenia kompleksowych zabiegów sanitarno- higienicznych w podmiotach leczniczych, które obejmują główny i podstawowy zakres przedmiotu zamówienia.

Pismem z 07.07.2021r. zamawiający w trybie procedury wyjaśnienia treści SWZ,w wyniku uwzględnienia intencjonalnego wniosku jednego z wykonawców, dokonał zmiany pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, w zakresie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w ten sposób, że dotychczasowe brzmienie tego warunku o treści:

"Minimalne warunki dotyczące doświadczenia Wykonawcy."

Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej 3 usługi obejmujące swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania minimum 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy."

zmienił na brzmienie o treści:

"Minimalne warunki dotyczące doświadczenia Wykonawcy:

Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował co najmniej 3 usługi obejmujące swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania minimum 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy - przynajmniej jedna z tych usług musi obejmować swym zakresem sprzątanie terenów zewnętrznych oraz utrzymanie w sprawności technicznej instalacji budynkowych."

/dowody: - wyjaśnienia zamawiającego z 07.07.2021r. dotyczące SWZ, informacja zamawiającego z 07.07.2021r. o zmianie pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców- w dokumentacji zamawiającego, na okoliczność naruszenia przez zamawiającego wyrażonej w art. 16 pkt 1 - 3 pzp, zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny/.

W ocenie Odwołującej, Zamawiający dokonując w/w zmiany pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, w sposób istotny, naruszył wyrażoną w art. 16 pkt 1 - 3 Pzp, zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Naruszając przedmiotową zasadę Zamawiający, mniej lub bardziej świadomie, w sposób drastyczny, ograniczył krąg potencjalnych wykonawców, którzy spełniają ten warunek udziału w postępowaniu i będą uprawnieni do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, w zasadzie tylko do jednego wykonawcy, tj. aktualnie wykonującego przedmiotową usługę na rzecz zamawiającego.

Na pozór niewielka zmiana w/w warunku udziału w postępowaniu, w wyniku uwzględnienia intencjonalnego wniosku wykonawcy, podszytego tylko i wyłącznie fałszywą troską o zapewnienie zamawiającemu prawidłowej realizacji usługi oraz nienarażanie zamawiającego na straty, a przede wszystkim zakłócenia funkcjonowania obiektu szpitalnego w okresie pandemii Covid - 19, polegającą na zupełnie nieuzasadnionym, nieadekwatnym i nieproporcjonalnym wprowadzeniu przez Zamawiającego warunku łącznego wykonania, w ramach jednej usługi, na rzecz podmiotu leczniczego, trzech odmiennych rodzajowo usług, odpowiednio w zakresie:

a) kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych,

b) sprzątania terenu zewnętrznego,

c) prac remontowo-konserwacyjnych z których tylko jedna, tj. kompleksowe zabiegi sanitarno-higieniczne, jest charakterystyczna i właściwa dla rodzaju działalności zmawiającego, będącego podmiotem leczniczym, spowodowała bardzo istotne naruszenie zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, całkowicie tę konkurencję eliminując.

W ocenie Odwołującej, wymaganie przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonania jednej usługi obejmującej kompleksowe zabiegi sanitarno-higieniczne łącznie w ramach jednej usługi ze sprzątaniem terenu zewnętrznego oraz utrzymaniem w sprawności technicznej instalacji budynkowych, w podmiocie leczniczym, jest zupełnie nieuzasadnione i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

O ile nie budził wątpliwości dotychczasowy sposób sformułowania tego warunku, określający wymóg wykonania kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych, o tyle jego zmiana, w wyniku uwzględnienia intencjonalnego wniosku wykonawcy prawdopodobnie obecnie świadczącego przedmiotową usługę na rzecz Zamawiającego, wprowadzająca wymóg wykonania dwóch pozostałych rodzajów usług, tj. sprzątania terenu zewnętrznego oraz prac remontowo-konserwacyjnych, również na rzecz podmiotów leczniczych, z czego przynajmniej

jedna usługa powinna obejmować swoim zakresem:
1) wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania minimum 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy oraz
2) sprzątanie terenów zewnętrznych oraz
3) utrzymanie w sprawności technicznej instalacji budynkowych, narusza zasadę uczciwej konkurencji i jest niezgodna z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych.

Nie ulega przecież wątpliwości, że usługi sprzątania terenu zewnętrznego oraz utrzymania w sprawności technicznej instalacji budynkowych (prace remontowo-konserwacyjne) wykonywane na rzecz podmiotów leczniczych, niczym nie różnią się i nie wykazują żadnych szczególnie istotnych odmienności, od tychże usług wykonywanych na rzecz innych podmiotów nie będących podmiotami leczniczymi np. na rzecz urzędów i instytucji, placówek oświatowych, szkół wyższych, jednostek wojskowych itp.

Nie powinno budzić wątpliwości, że technologia chociażby usługi koszenia trawy czy też pielęgnacji drzew i krzewów, usuwania liści, zamiatania powierzchni utwardzonych, zbierania odpadów i zanieczyszczeń, odśnieżania, usuwania śliskości, posypywania materiałami uszorstniającymi podczas zimowego utrzymania w ramach sprzątania terenów zewnętrznych jest i będzie taka sama, zarówno jeżeli jest i będzie świadczona na rzecz podmiotu leczniczego, jak i na rzecz innych podmiotów np. jednostki wojskowej, banku czy urzędu. Co więcej doświadczenie w realizacji takiej usługi wykonywanej na rzecz np. jednostek samorządu terytorialnego, najczęściej na terenach publicznych, tj. parkach, skwerach, placach, parkingach, cmentarzach itp., daje większą gwarancję należytego i profesjonalnego jej wykonania, w szczególności i również na rzecz podmiotu leczniczego.

Analogicznie prace remontowo-konserwacyjne wykonywane są zgodnie z ustalonymi standardami, niezależnie od faktu czy wykonywane są na rzecz podmiotu leczniczego, czy urzędu lub instytucji. Co więcej doświadczenie w realizacji przedmiotowych usług w ramach przedmiotu podstawowej działalności wykonawcy, świadczącego na co dzień usługi remontowo-konserwacyjne, który mógłby wspólnie z innym wykonawcą złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, daje większą gwarancję należytego i prawidłowego wykonania tej usługi na rzecz zamawiającego, niż doświadczenie wykonawcy, którego przedmiotowej podstawowej działalności gospodarczej są usługi sprzątania, a prace remontowo-konserwacyjne świadczone są niejako przy okazji, na rzecz jednego z wielu zamawiających.

W ocenie Odwołującej, o ile uzasadnione jest prawo Zamawiającego do żądania od wykonawców doświadczenia w zakresie wykonywania sprzątania terenu zewnętrznego oraz prac remontowo-konserwacyjnych, o tyle nie jest w żaden sposób uzasadnione prawo wprowadzenia ograniczenia, że w/w zupełnie odrębne rodzajowo usługi, powinny być wykonywane łącznie w ramach jednej usługi wraz z kompleksowymi zabiegami sanitarno-higienicznymi, dodatkowo realizowanymi tylko na rzecz podmiotu leczniczego.

Ponadto zdaniem Odwołującej, w związku z tym, że sprzątanie terenów zewnętrznych, a tym bardziej usługi remontowo-konserwacyjne stanowią usługę uboczną i niezależną od zasadniczego i głównego przedmiotu zamówienia, którym są kompleksowe zabiegi sanitarno-higieniczne w podmiotach leczniczych, wykonawcy powinni być uprawnieni do wykazania doświadczenia w zakresie wykonania tychże pobocznych usług sprzątania terenów zewnętrznych i usług remontowo-konserwacyjnych, na podstawie odrębnych, niezależnych i niepowiązanych ze sobą zamówień.
/dowód: załącznik nr 4 A do SWZ, na okoliczność wykazania odrębności usługi sprzątania terenów zewnętrznych i prac remontowo-konserwacyjnych stanowiących usługi uboczne i niezależne od zasadniczego i głównego przedmiotu zamówienia - kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych/.

W ocenie Odwołującej, wprowadzenie kwestionowanej zmiany pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, sztucznie ograniczyło dostęp do przedmiotowego zamówienia wykonawcom, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu kompleksowych zabiegów sanitarnohigienicznych w podmiotach leczniczych, a jednocześnie posiadają wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu usług sprzątania terenów zewnętrznych i usług remontowo-konserwacyjnych jednak nie świadczyli ich łącznie z usługami kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych.

Zdaniem Odwołującej, Zamawiający w większym stopniu uzyska gwarancję i zapewnienie prawidłowej realizacji usługi oraz nienarażanie zamawiającego na straty, a przede wszystkim zakłócenia funkcjonowania obiektu szpitalnego w okresie pandemii Covid-19, wówczas gdy w odniesieniu do dwóch rodzajów działalności, które mają zupełnie poboczny charakter w stosunku do podstawowej działalności leczniczej zamawiającego (realizowanej wewnątrz obiektu), tj. sprzątania terenu zewnętrznego i prac remontowo-konserwacyjnych, zrezygnuje z wprowadzonego w wyniku zmiany pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, ograniczenia (wymogu) wykonania sprzątania terenu zewnętrznego oraz prac remontowo-konserwacyjnych łącznie z kompleksowymi zabiegami sanitarno-higienicznymi realizowanymi na rzecz podmiotu leczniczego w ramach jednej usługi, tylko dopuści możliwość odrębnego wykazania w/w doświadczenia odpowiednio w zakresie:
a) kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych na rzecz podmiotów leczniczych,
b) sprzątania terenu zewnętrznego,
c) prac remontowo-konserwacyjnych na podstawie odrębnych, niezależnych usług, potwierdzonych odrębnymi dokumentami np. w niżej wskazany sposób:

Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował:
a) co najmniej 3 usługi obejmujące swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania min. 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy,
b) co najmniej 1 usługę obejmującązakresem sprzątanie terenów zewnętrznych,
c) co najmniej 1 usługę obejmującą prace konserwacyjne w budynkach. ”

Reasumując, w ocenie Odwołującej, zmiana pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, wymagająca doświadczenia w zakresie łącznego wykonywania zabiegów sanitarno-higienicznych na rzecz podmiotu leczniczego wraz z usługą sprzątania terenu zewnętrznego oraz usługą prac remontowo- konserwacyjnych, nie pozwala ubiegać się o przedmiotowe zamówienie podmiotom, które wcześniej nie wykonywały tych odrębnych rodzajowo usług łącznie, w ramach jednego zamówienia na rzecz podmiotu leczniczego, wyłączając tym samym możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie przez podmioty, które posiadają, każdy z osobna odpowiednie doświadczenie w zakresie wykonywania zabiegów sanitarno-higienicznych na rzecz podmiotu leczniczego, usług sprzątania terenu zewnętrznego oraz prac remontowo-konserwacyjnych.

Tak zmodyfikowany warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, który co do zasady, w swej zasadniczej i przeważającej mierze dotyczy wykonywania zabiegów sanitarno-higienicznych na rzecz podmiotu leczniczego, ponieważ w sposób nieuzasadniony ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, w rzeczywistości eliminując wszystkich tych, którzy nie są w stanie wykazać się doświadczeniem w zakresie łącznej realizacji w/w usług na rzecz podmiotu leczniczego, w ramach jednego kontraktu, o powierzchni i długości trwania, wskazanych przez zamawiającego, naruszając w ten sposób wyrażoną w art.

16 pkt 1 - 3 Pzp, zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W związku z powyższym Zamawiający powinien ponownie zmienić pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, w celu wprowadzenia możliwości przeprowadzenia oddzielnej oceny spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie świadczenia kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych oraz oddzielnej oceny spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie sprzątania terenów zewnętrznych i oddzielnej oceny w zakresie usług remontowo-konserwacyjnych.

Ewentualnie zamawiający powinien powrócić do dotychczasowego brzmienia pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców i tym samym ograniczyć się tylko do oceny spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie świadczenia kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych, które obejmują główny i podstawowy zakres przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 16.07.2021 r. (na stronie internetowej Zamawiającego) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19.07.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)Konsorcjum firm: 1) Impel System Sp. z o. o. -lider konsorcjum; 2) Impel Facility Services Sp. zo. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 3) Ars Medica Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; 4) Hospital Service Sp. z o. o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław; z adresem dla siedziby lidera konsorcjom: ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zwane dalej: *„Konsorcjum Impel"* albo *„Przystępującym"* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 25.08.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp,odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie zarzutów odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w kwocie 324,80 zł, na które składają się: a) koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na posiedzenie w dniu 30.08.2021 r. w kwocie 307,80 zł - bilety na pociąg relacji Słupsk-Warszawa i Warszawa-Słupsk; b) koszty opłaty skarbowej od przedłożonego pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł - dowód uiszczenia opłaty skarbowej.

Zamawiający podnosił, iż zarzuty zawarte w treści odwołania pozostają nieuzasadnione, stąd odwołanie powinno zostać oddalone. Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu w postaci naruszenia art. 16 pkt. 1-3 Pzp w zakresie określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz nieprzejrzysty i nieproporcjonalny, poprzez wprowadzenie w wyniku zmiany pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, warunku łącznego wykonania, w ramach jednej usługi, na rzecz podmiotu leczniczego, trzech odmiennych rodzajowo usług odpowiednio w zakresie:

a)kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych,
b)sprzątania terenu zewnętrznego,
c)prac remontowo-konserwacyjnych.

Zamawiający podnosił że jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym dla zabezpieczenia jego prawidłowego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych Wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego, spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu: jego charakteru, skali, stopnia skomplikowania, okresu trwania, ryzyka związanego z realizacją zamówienia.

W związku z powyższym koniecznym było ustalenie warunku niepozwalającego na udział podmiotom które nie posiadają jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usługi utrzymania terenów zewnętrznych szpitala oraz prac konserwacyjno-remontowych instalacji w budynkach szpitalnych. Wprowadzenie zapisu kwestionowanego przez Odwołującego ma na celu zapewnić Zamawiającemu prawidłową realizację przyszłej usługi oraz nie narażać Zamawiającego na straty, a przede wszystkim nie zakłócenie funkcjonowania obiektu użytkowanego przez Zamawiającego, co nabiera szczególnego znaczenia w dobie w stanu epidemii COVID-19. W tej sytuacji wymaganie wykazania się od Wykonawcy doświadczeniem w zakresie usługi tożsamej z przedmiotem zamówienia wydaje się wręcz obowiązkowe, a z pewnością nie stanowi nadmiernego warunku udziału w postępowaniu.

Jest to tym bardziej zasadne, iż wbrew twierdzeniu Odwołującej sprzątanie terenu zewnętrznego szpitala oraz prace remontowo-konserwacyjne na jego terenie różnią się i wykazują odmienności od tychże prac wykonywanych na rzecz innych podmiotów nie prowadzących działalności leczniczej - co wynika m. in. ze specyfiki wymagań jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia szpitala i tak w części VIII„*Oddział psychiatryczny*' Załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą (Dz. U. z 2019 r. poz. 595 ze zm.) określono wymagania dla Oddziałów psychiatrycznych i tak:

- w ust. 1 wskazano, iż: *Oddział psychiatryczny ma dostęp do terenu przeznaczonego na cele terapeutyczno-rekreacyjne*. Tereny, te muszą umożliwiać pacjentom m. in. terapię ruchową obejmującą zajęcia sportowe, turystykę i rekreację. Pobyty w szpitalach psychiatrycznych często trwają bowiem kilka tygodni czy miesięcy. Pacjenci muszą mieć możliwość np. wyjścia na spacer po terenie, na którym z jednej strony będą mieć zapewnione poczucie bezpieczeństwa, a z drugiej uniemożliwiającym samowolne oddalenie się ze szpitala. Zatem muszą to być tereny odpowiednio pielęgnowane i sprzątane, by nie stwarzać zagrożenia dla życia i zdrowia pacjentów (np. poprzez nieodpowiedni dobór roślin zawierających np. kolce itp., wymagają szczególnej uwagi by nie pozostawiać odpadów stwarzających szczególne zagrożenie np. szkło, porzucone sznurki itp.). Ponadto prace związane ze sprzątaniem i pielęgnacją terenów zewnętrznych muszą być prowadzone w sposób niezakłócający realizowaną na tym terenie terapię pacjentów zatem muszą to być prace skoordynowane z działalnością szpitala i realizowane przez personel wyczulony na ten aspekt.
- natomiast w ust. 2-7 wskazano iż: *Oddział psychiatryczny dysponuje pomieszczeniami terapeutyczno-rehabilitacyjnymi, salą pobytu dziennego oraz jadalnią*; *Drzwi wejściowe do oddziału psychiatrycznego zabezpiecza się w sposób uniemożliwiający niekontrolowane opuszczenie oddziału; W pokojach łóżkowych drzwi otwierają się na zewnątrz, a w przypadku otwierania do wewnątrz konstrukcja drzwi umożliwia ich otwarcie w przypadku zablokowania od wewnątrz pomieszczenia; Okna w pokojach, w których przebywają pacjenci, są przeszklone od wewnątrz szkłem bezpiecznym, okna zabezpiecza się przed możliwością otworzenia przez pacjentów; W oddziale psychiatrycznym: wydziela się odcinki obserwacyjno-diagnostyczne lub pokoje obserwacyjne; część obserwacyjno-diagnostyczna może być wyposażona w jednoosobową separatkę posiadającą: drzwi odporne na zniszczenie, otwierające się na zewnątrz, z okienkiem obserwacyjnym szklonym szkłem hartowanym, wyposażone w podwójny system zamykania od zewnątrz, bez klamki od wewnątrz, ściany i podłogę gładkie, jasne, wyłożone wykładziną odporną na zniszczenie, oświetlenie zabezpieczone szkłem bezpiecznym; lampa i żarówka są dostępne wyłącznie od zewnątrz pokoju, system wentylacji niedostępny dla osoby izolowanej, system ogrzewania uniemożliwiający dostęp osoby izolowanej do grzejnika lub innego źródła ciepła, własne*

pomieszczenie higieniczno-sanitarne wyposażone dodatkowo w miskę ustępową, natrysk i umywalkę, odporne na umyślne zniszczenia, łóżko wyposażone w materac niepalny, odporny na zniszczenie, system monitoringu z kamerą, posiadający rezerwowe zasilanie wyposażone w funkcję autostartu, niedostępną dla osoby izolowanej, zabezpieczoną przed uszkodzeniem; w pokojach łóżkowych na odcinkach obserwacyjno-diagnostycznych lub w pokojach obserwacyjnych wypusty instalacji elektrycznych, poza oświetleniem sufitowym, znajdują się na zewnątrz tych pokoi od strony korytarza; w pokojach łóżkowych, innych niż określone w [...] wypusty instalacji elektrycznych, z wyjątkiem wyłączników oświetlenia, są zabezpieczone przed dostępem chorych albo znajdują się na zewnątrz tych pokoi; Oddział psychiatryczny w szpitalu ogólnym wyposaża się także w: osobny dział przyjęć, składający się z: poczekalni, punktu rejestracji, gabinetu lekarskiego, pomieszczenia higieniczno-sanitarnego; co najmniej jeden gabinet przyjęć dla pacjentów z pobudzeniem psychoruchowym zagrażających bezpośrednio sobie lub innym. Zatem prace remontowo-konserwacyjne w obiektach Zamawiającego wymagają wiedzy specjalistycznej z zakresu konstrukcji, konserwacji, naprawy i wymiany powyższych elementów by zachować bezpieczeństwo życia i zdrowia pacjentów (np. by podczas naprawy drzwi nie usuwać na stałe zastosowanych zabezpieczeń lub na skutek naprawy drzwi nie powodować zmiany sposobu ich otwierania). Ponadto prace remontowo-konserwacyjne u Zamawiającego muszą być prowadzone w sposób niezakłócający realizowaną w jego obiektach terapię pacjentów zatem muszą to być prace skoordynowane z działalnością szpitala i realizowane przez personel wyczulony na ten aspekt.

Na powyższe, nakład się również fakt, iż na podstawie Uchwały NR XV1/291/20 Rady Miejskiej w Słupsku z dnia 26 lutego 2020 r. w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego „Na Wzgórzu" w Słupsku (Dziennik Urzędowy Województwa Pomorskiego z dnia 9 kwietnia 2020 r., poz. 1852) zarówno budynek użytkowany przez Zamawiającego, jak i jego tereny zielone objęte są gminną ewidencją zabytków Miasta Słupska jako jeden kompleks, co również wpływa na konieczność objęcia całości zarówno budynku, jak i terenów zielonych pracami świadczonymi kompleksowo, gdyż zagospodarowanie i utrzymanie budynków i zieleni jako kompleksu wymaga skoordynowanych działań - w szczególności wskazuje na to § 7 rozdziału 4 „Zasady ochrony środowiska, przyrody i krajobrazu oraz zasady kształtowania krajobrazu", § 8 ust. 2 i 6 Rozdziału 5 „Zasady ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków, w tym krajobrazów kulturowych oraz dóbr kultury współczesne", § 15 Rozdziału 12 „Sposób i termin tymczasowego zagospodarowania, urządzania i użytkowania terenów" i § 18 karta terenu numer: 02 - co w zestawieniu z wymogami ww. Rozporządzenia Ministra Zdrowia powoduje, że skorelowanie wszystkich powyższych wymagań skutkuje większym zróżnicowaniem charakteru prac związanych ze sprzątaniem terenu zewnętrznego Zamawiającego oraz prac remontowo-konserwacyjnych w jego obiektach.

Zadaniem stawianego przez Zamawiającego a kwestionowanego przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu jest zapewnienie prawidłowej, niezakłóconej realizacji zamówienia. Istotą tego warunku jest zatem uprawdopodobnienie poprawnej realizacji zamówienia, czemu mają służyć wcześniejsze doświadczenia Wykonawcy. W praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób uniemożliwi części wykonawców złożenie oferty, a niektórych postawi w uprzywilejowanej pozycji.

Warunkiem nienaruszania konkurencji jest brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia tego w obiektywnych potrzebach i interesach Zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza to jednak, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne" dla wszystkich wykonawców i dostosowane do ich możliwości, rodzaju czy przebiegu działalności.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Przystępujący nieobecny na rozprawie) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Należy zwrócić uwagę, że art. 505 ust. 1 PZP wymaga wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jak miało to miejsce na gruncie art. 179 ust.1 PZP z 2004. W konsekwencji Odwołujący ma także interes w unieważnieniu postępowania. Potwierdza to stanowisko doktryny:

*„1.**Pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia**. Przepis art. 505 ust. 1 PZP wymaga wykazania się przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej interesem w uzyskaniu zamówienia. Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał **realną szansę na uzyskanie zamówienia**, zaprzepaszczoną niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany. Interes ten powinien istnieć na datę wnoszenia odwołania, zatem - co do zasady - czynności zamawiającego dokonane po wniesieniu odwołania, nawet prowadzące do odpadnięcia tego interesu, nie pozbawiają wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej (zob. wyr. KIO z 14.1.2017 r., KIO 2443/16, niepubl.).*

*2.**Interes w uzyskaniu zamówienia a interes w uzyskaniu danego zamówienia**. Należy zwrócić uwagę, że art. 505 ust. 1 PZP wymaga wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jak miało to miejsce na gruncie art. 179 ust. PZP2004 Na tle tego przepisu, w przeważającej części orzecznictwa, posiadanie interesu interpretowano wąsko jako interesu w uzyskaniu tego zamówienia, które ma zostać udzielone w wyniku obecnie prowadzonego postępowania, w którym wniesione zostało odwołanie. W świetle tego poglądu niedopuszczalne było żądanie unieważnienia postępowania i powoływanie się na interes w uzyskaniu ewentualnego zamówienia, które może zostać udzielone w kolejnym postępowaniu (por. np. wyr. KIO z 10.2.2016 r., KIO 106/16, Legalis). Pogląd ten uzasadniany był brakiem przepisów zobowiązujących zamawiającego do wszczęcia nowego postępowania. Z przeważającej części orzecznictwa przyjmowano, że powołanie się na hipotetyczny interes w uzyskaniu kolejnego zamówienia może mieć charakter wyjątkowy, np. w przypadku wnoszenia odwołań od czynności wyboru niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia (np. zamówienia 7. wolnej ręki) lub dokonania niezgodnie z przepisami PZP czynności, które z ich istoty nie mogą być powtórzone, np. nieuwzględnienia wszystkich złożonych w terminie ofert podczas ich otwarcia, której to czynności nie można powtórzyć (por. np. wyr. KIO z 22.6.2016 r, KIO 983/1 6, Legalis).*

*3. **Pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia - orzecznictwo**. Takie wąskie postrzeganie 21 interesu zaczęło się zmieniać wraz z wyr. TSUE z 5.4.2016 r. w sprawie C-689/1 3, Puligienica Facility Esco SPA (PFE) v. Airgest SPA 199), w którym Trybunał, rozpoznając odwołania wniesione przez dwóch wykonawców, z których każdy domagał się wykluczenia konkurenta, wyraził pogląd, że w takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałoby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób **pośrednio otrzymać zamówienie**. Tym samym Trybunał uznał, że wykonawcy są uprawnieni do Wnoszenia środków ochrony prawnej, nawet w sytuacji gdy skutkiem miałoby być unieważnienie Postępowania, gdyż wówczas mogą ubiegać się o **zamówienie w kolejnym postępowaniu**. W ślad za tym wyrokiem KIO (w wyr. z 5.9.2016 r,*

KIO 1556/16, Legalis) wywiodła, że w świetle aktualnej wykładni prounijnej, w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG, należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne ***nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia****, ale odpowiada* ***definicji zamówienia publicznego****, tj. umowy odpłatnej zawieranej między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Podobny pogląd wyraził TSUE w wyr. z 11.5 2017 r. w sprawie C-131/16, Archus sp. z o.o. i Gama J. L. v. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (EU:C:2017:358), w uzasadnieniu którego wskazał, że w sytuacji, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje; odpowiednio o cenili oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia długiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty oferenta, w związku z czym pojęcie* ***danego zamówienia****, w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG, może dotyczyć* ***ewentualnego wszczęcia nowego postepowania o udzielenie zamówienia****. W konsekwencji w orzecznictwie krajowym coraz częściej przyjmowano ujęcie interesu, oparte na rozróżnieniu pojęć postępowania o udzielenie zamówienia i zamówienia. W wyr. z 28.5.2019 r. (KIO 873/19, Legalis) KIO wskazała, że w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne* ***nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia****, a winno być łączone z* ***definicją legalną zamówienia publicznego*** *(tak też KIO w wyr. z 5.11.2018 r. (KIO 2144/18, Legalis).*

4. ***Wykładnia pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia*** *- art. 505 ust. 1 PZP. Zatem w świetle art. 505 ust. 1 PZP interes w uzyskaniu zamówienia powinien być interpretowany szeroko jako odnoszący się nie do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do* ***możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia,*** *niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.*

C. Szkoda

1. ***Obowiązek wystąpienia szkody****. Przepis art. 505 ust. I PZP stanowi, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał* ***interes*** *w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść* ***szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy****, Zatem z konstrukcji tego przepisu (tj. użycia spójnika „oraz") wynika, że w celu korzystania ze środków ochrony prawej konieczne jest wykazanie nie tylko posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, a l e* ***interesu kwalifikowanego*** *poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Komentowany przepis nie pozwala na alternatywne wykazanie tylko jednej przesłanki, tj. posiadania (obecnie lub na etapie wcześniejszym) interesu w uzyskaniu zamówienia albo poniesienia lub możliwości poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obie te przesłanki muszą wystąpić łącznie. Co istotne, poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę lub uczestnika konkursu musi być* ***następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP****. Bez takiego związku nic jest spełniona materialnoprawna przesłanka dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej. Jak wskazała KIO w wyr. z 24.8.2018 r. (KIO 1609/1 8, Legalis), celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem in ab stracto. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania (zob. też SO w Warszawie w wyr. z 7.12.201 1 r., V Ca 1973/1 1, Legalis).*

2. ***Pojęcie szkody*** *nie zostało zdefiniowane w przepisach PZP. W świetle przepisów KC, stosowanych na podstawie art. 8 ust. 1 PZP, szkoda obejmuje uszczerbek majątkowy i niemajątkowy. W związku z połączeniem szkody z interesem wykonawcy w uzyskaniu zamówienia należy przyjąć, że szkoda, o której mowa w komentowanym przepisie, ma posłać szkody o* ***charakterze majątkowym****. W wyr. z 25.3.2019 r. (KIO 401/19, Legalis) Izba wskazała, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma; głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Przy tym szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (****damnum emergens****), oznaczające każde realne pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i utracone przez niego korzyści (****lucrum cessans****), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono. (…). " (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1133-1134).*

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ, czyli Informacji dla Wykonawców, tj. *„IDW"*(cz. I SWZ), wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego (Cz. II SWZ), wykazu powierzchni przeznaczonych do usługi (Załącznik nr 1 do IDW), zakresu czynnościi częstotliwość wykonania (Załącznik nr 2 do IDW), stref i zakresów sprzątania w poszczególnych strefach (Załącznik nr 3 do IDW), zasad prac oraz zakresów obowiązków (Załącznik nr 4 do IDW), zakresu obowiązków wykonawcy - prace remontowo-konserwacyjne (Załącznik 4A do IDW), zasad transportu wewnętrznego (Załącznik nr 5 do IDW), Wymagań dotyczących preparatów myjących i dezynfekcyjnych (Załącznik nr 6 do IDW), godzin pracy obsługi porządkowej (Załącznik nr 7 do IDW), wzoru protokołu kontroli (Załącznik nr 8 do IDW), wzoru protokołu kontroli stanu sanitarno-higienicznego (Załącznik nr 9 do IDW) oraz wzoru protokołu kontroli GRUNTOWNE SPRZĄTANIE (Załącznik nr 9A do IDW).

.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do jego pisma złożonego na posiedzeniu na okoliczności w nim wskazane:
1) kopie informacji z otwarcia ofert,
2) wykaz usług złożony wraz z ofertą przez Przystępującego,
3)poświadczenie należytego wykonania usługi z 10.06.2021r. wystawione na rzecz członków konsorcjum Przystępującego przez Zamawiającego,
4)listy referencyjne z 19.04.2021r. i 03.03.2021r. (szt. 2) wystawione na rzecz członków konsorcjum Przystępującego przez podmioty lecznicze,
5) zawiadomienie z 26.07.2021r. o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające także ze stanowiska pisemnego Odwołującego, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:
• art. 16 pkt 1 - 3 Pzp w zakresie określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz

nieprzejrzysty i nieproporcjonalny, poprzez wprowadzenie w wyniku zmiany pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców, warunku łącznego wykonania, w ramach jednej usługi, na rzecz podmiotu leczniczego, trzech odmiennych rodzajowo usług, odpowiednio w zakresie:
a) kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych,
b) sprzątania terenu zewnętrznego,
c) prac remontowo-konserwacyjnych.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. W ramach odpowiedzi na pytanie 5 (pismem z 07.07.2021 r.) stwierdzono, c o następuje: *„(…) Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wprowadził dla wykonawców warunek doświadczenia w realizacji co najmniej 3 usług obejmujących swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno - higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania min. 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy.*

Z uwagi na fakt, iż przedmiot niniejszego zamówienia stanowią również usługi sprzątania terenów zewnętrznych oraz prace remontowo-konserwacyjne, realizowane przez wykwalifikowanych pracowników posiadających zaawansowane kwalifikacje, min. uprawnienia elektryczne Grupy 1 do 1 kV obejmujące zakres Eksploatacji oraz orzeczenia lekarskie do pracy na wysokości powyżej 3 metrów, prosimy o wprowadzenie zapisu, aby przynajmniej jedna z wymaganych referencji obejmowała wskazany powyżej zakres.

Zamawiający zgodnie z ustawą PZP powinien tak formułować warunki udziału w postępowaniu, aby zapewnić Sobie bezpieczeństwo realizacji przyszłej usługi, dopuszczając do postępowania wykwalifikowane podmioty posiadające doświadczenie w realizacji usług stanowiących przedmiot przyszłej umowy. Obecny warunek pozwala na udział podmiotom które nie posiadają jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usługi utrzymania terenów zewnętrznych oraz prac konserwacyjno-remontowych instalacji w budynku szpitala. Proponowany przez wykonawcę zapis ma na celu zapewnienie Zamawiającemu prawidłowej realizacji przyszłej usługi, oraz nie narażenie

Zamawiającego na starty, a przede wszystkim nie zakłóci funkcjonowania obiektu szpitalnego w okresie pandemii Covid-19.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wprowadził żadnych warunków lub ograniczeń związanych np. z wartością referencji, ilością łóżek zatem wymaganie wykazania się od wykonawcy doświadczeniem w zakresie usługi tożsamej z przedmiotem zamówienia powinno być wręcz obowiązkowe, a z pewnością nie stanowi nadmiernego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca zwraca na koniec uwagę, iż proponowany zapis dotyczy wyłącznie 1 usługi spośród wszystkich wymaganych od Wykonawców

Wnosimy zatem o zmianę zapisów SIWZ jak na wstępie. Proponowany przez nas zapis:

Co najmniej 3 usługi obejmujące swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno- higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania min. 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy. Przynajmniej jedna z tych usług musi obejmować swoim zakresem również utrzymanie terenów zewnętrznych oraz utrzymanie w sprawności technicznej instalacji budynkowych.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wprowadził dla wykonawców warunek doświadczenia w realizacji co najmniej 3 usług obejmujących swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno - higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania min. 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy. Zamawiający wprowadza zapis dodatkowy - przynajmniej jedna z tych usług musi obejmować swym zakresem sprzątanie terenów zewnętrznych oraz utrzymanie w sprawności technicznej instalacji budynkowych. (…)”.

Jednocześnie, Zamawiający dokonał zmiany postanowień SWZ w dniu 07.07.2021 r. w następujący sposób *„Zmianie ulega pkt. 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców:*

Było:

d) zdolności technicznej lub zawodowej:

Minimalne warunki dotyczące doświadczenia Wykonawcy:

Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował, co najmniej 3 usługi obejmujące swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania minimum 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy.

Jest:

d) zdolności technicznej lub zawodowej:

Minimalne warunki dotyczące doświadczenia Wykonawcy:

Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował, co najmniej 3 usługi obejmujące swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania minimum 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy - przynajmniej jedna z tych usług musi obejmować swym zakresem sprzątanie terenów zewnętrznych oraz utrzymanie w sprawności technicznej instalacji budynkowych. (…)”.

Jednocześnie Odwołujący, stwierdził w ramach pisma złożonego na posiedzeniu, że zmienia: *„(…) odwołanie w zakresie wniosku (żądania) co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, w ten sposób, że wnoszę o nakazanie zamawiającemu:*

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o. i Hospital Service sp. z o.o.,

2) unieważnienie czynności otwarcia ofert,

3) zmianę pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców (specyfikacji warunków zamówienia), w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z wnioskiem (żądaniem) zawartym w odwołaniu,

4) zmianę pkt 12.1, 16.2 i 17. 1 Instrukcji dla wykonawców (specyfikacji warunków zamówienia), w zakresie dotyczącym terminu związania ofertą, terminu składania i otwarcia ofert w sposób umożliwiający złożenie ofert także innym wykonawcom, w tym odwołującej. (…)

W dniu 15 lipca 2021r. (czwartek) odwołująca doręczyła zamawiającemu kopię odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. (…)

Zamawiający pomimo powzięcia informacji o wniesieniu odwołania nie zmienił wyznaczonego terminu otwarcia ofert i w dniu 19.07.2021r. o godz. 11.00, dokonał otwarcia, zgodnie z przewidywaniami i obawami odwołującej, szczegółowo opisanymi w odwołaniu, tylko jednej ofërty złożonej przez wykonawcę, tj. konsorcjum Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o. i Hospital Service sp. z o.o., którzy na potwierdzenie spełnienia zmienionego przez zamawiającego spornego warunku udziału w postępowaniu, która to czynność zamawiającego jest

przedmiotem wniesionego odwołania, załączyli poświadczenie należytego wykonania usługi z dnia 10.06.2021r. o wymaganej treści, właśnie przez zamawiającego. (…)

Następnie w dniu 26 lipca 2021r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej i jedynej oferty złożonej przez konsorcjum Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o. i Hospital Service sp. z o.o., którzy ze względu na aktualne świadczenie usługi na rzecz zamawiającego, przez dwóch wykonawców wchodzących w skład konsorcjum i wykonujących przedmiotowe usługi, spełnili kwestionowany warunek udziału w postępowaniu. (…)

W ocenie odwołującej w związku z w/w czynnościami zamawiającego, dokonanymi już po wniesieniu odwołania, zasadna jest zmiana odwołania w zakresie wniosku (żądania) co do sposobu jego rozstrzygnięcia, poprzez nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o. Hospital Service sp. z o.o.,

2) unieważnienie czynności otwarcia ofert,

3) zmianę pkt 8.2.d) Instrukcji dla wykonawców (specyfikacji warunków zamówienia), w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z wnioskiem (żądaniem) zawartym w odwołaniu,

4) zmianę pkt 12.1, 16.2 i 17.1 Instrukcji dla wykonawców (specyfikacji warunków zamówienia), w zakresie dotyczącym terminu związania ofertą, terminu składania i otwarcia ofert w sposób umożliwiający złożenie ofert także innym wykonawcom, w tym odwołującej.

Reasumując (…) wskazuje, że złożenie oferty tylko przez jednego wykonawcę, tj. konsorcjum Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o., Ars Medica sp. z o.o.i Hospital Service sp. z o.o., w skład którego wchodzi dwóch wykonawców aktualnie świadczących usługi na rzecz zamawiającego, którzy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, załączyli poświadczenie należytego wykonania usługi z dnia 10.06.2021r. o wymaganej treści, wystawione właśnie przez zamawiającego, potwierdza zasadność zarzutu zawartego w odwołaniu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego wyrażonej w art. 16 pkt 1 - 3 pzp, zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny, czego oczywistą i naturalną konsekwencją było drastyczne, ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców spełniających zakwestionowany warunek udziału w postępowaniu i będących uprawnionymi do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, w zasadzie tylko do jednego wykonawcy, tj. aktualnie wykonującego przedmiotową usługę na rzecz zamawiającego, całkowicie eliminując jakąkolwiek konkurencję. (…)".

Nadto, na posiedzeniu Odwołujący, wskutek informacji przekazanej przez Przewodniczącego na posiedzeniu, że nie ma możliwości unieważnienia czynności otwarcia ofert, gdyż ma ona charakter jednorazowy, oświadczył, że wnosi o unieważnienie postępowania.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i mc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosząc się do istoty sporu, Izba podkreśla, że zarzut odwołania jest zasadny i podlega uwzględnieniu.

Na wstępie wymaga podkreślenia, że oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości danego Wykonawcy zainteresowanego realizacją usługi, gdyż to nie interes Wykonawcy powinien w tym zakresie determinować ocenę warunku, ale cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu. Natomiast zgodnie z art. 112 ust. 1 NPzp Zamawiający określawarunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Należy zatem odróżnić określenie przedmiotu zamówienia od warunków udziału w postępowaniu, które zawsze muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwiać ocenę wykonawcy, pod kątem jego zdolności do należytego wykonania zamówienia. Nie oznacza to jednak, iż warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, istotne jest aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji. Decyzja w zakresie ustanowienia warunku, jego rodzaju, rozmiaru czy zakresu, należy do Zamawiającego. To na Zamawiającym spoczywa odpowiedzialność, za ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby każdy wykonawca, który wykaże się spełnieniem warunku, mógł być jednocześnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia (wyrok z 23.06.2020 r. sygn. akt: KIO 550/20). Ponadto, jak wskazano w wyroku KIO z 16.08.2019 r., sygn. akt: KIO 1500/19, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Obowiązkiem Zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych poprzez ich minimalny poziom. Zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej konkurencji, w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu. Podobnie, Izba stwierdziła w wyroku z 01.08.2019 r., sygn. akt: KIO 1342/19 gdzie wskazała, iż zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. W kwestii konieczności przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE w wyroku z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ECLI:EU:C: 2009:808, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECLI:EU:C:2005:644, TSUE orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności Wykonawcy do wykonania zamówienia. Niemniej Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych Wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

Nie sposób się zgodzić z argumentacją Zamawiającego wyrażoną zasadniczo w jego odpowiedzi na odwołanie, gdyż istotnie racje ma Odwołujący, iż Zamawiający kreuje zupełnie nowe wymagania w odpowiedzi na odwołanie, które nie mają oparcia w przedmiocie zamówienia wskazanym w SWZ. Nie ma bowiem żadnego, czy to wprost, czy też w sposób ogólny odniesienia w dokumentacji postępowania, tzn. ani w cz. I SWZ (Instrukcja dla Wykonawców oraz załączniki do niej dotyczące opisu przedmiotu zamówienia), ani w cz. II (wzorze umowy) do szczególnych wymagań przytoczonych przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie, tj. części VIII „Oddział psychiatryczny"Załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą (Dz. U.z 2019 r. poz. 595 ze zm.), czy też Uchwały NR XV1/291/20 Rady Miejskiej w Słupskuz dnia 26 lutego 2020 r. w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego „Na Wzgórzu" w Słupsku (Dziennik Urzędowy Województwa Pomorskiego z dnia 9 kwietnia 2020 r., poz. 1852). Naturalnie, dotyczy to także załącznika nr 4 A do IDW dotyczącego prac konserwacyjnych i remontowych oraz sprzątania terenów zielonych. Nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie stwierdzenie, że: *„16. Pracownicy wykonawcy wykonujący prace remontowo-konserwacyjne muszą posiadać uprawnienia elektryczne Grupy 1 do 1 kV obejmujące zakres Eksploatacji oraz orzeczenia lekarskie do pracy na wysokości powyżej 3 metrów.", „3. Wykonywanie innych czynności z zakresu utrzymania w należytym stanie terenów zewnętrznych, zgodnie z zaistniałymi innymi bieżącymi potrzebami, a nie wskazanymi w punktach powyżej."* (Załącznik nr 4A do IDW), ani stwierdzenie, że: *„Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania wszystkich czynności w sposób zgodny z zasadami epidemiologii i higieny, BHP, PIP, Ppoż., przepisami o odpadach oraz innymi mającymi zastosowanie normami."* (§ 7 ust. 9 wzoru umowy).

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał swoich uzasadnionych potrzeb, a jego specyfika nie ma realnego odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania. Należy zauważyć, że w dokumentacji nie ma żadnych szczególnych obostrzeń czasowych, co do realizacji zamówienia, na które wskazywał Zamawiający na rozprawie: *„15. Praca wykonywana będzie w godz. 7.00 do 21.00 w systemie zazębiania się pracowników w godz. 13.00 do 15.00 lub w uzgodnieniu z Kierownikiem Działu Techniczno – Administracyjnego."* (Załącznik nr 4A do IDW)*„PORZĄDEK DNIA W ODDZIAŁACH SZPITALNYCH, 1. śniadanie: 8^{00}– 9^{00}; 2. wizyty lekarskie: 9^{30} – 10^{30}; 3. obiad: 12^{30} – 13^{00}, 4. kolacja: 17^{00} – 17^{30}, 5. cisza nocna: 22^{00} – 6^{00}"* (Załącznik nr 3 do IDW). Nadto, Izba wskazuje, co do stwierdzenia Zamawiającego z rozprawy: *„(…) iż zgodnie z dotychczasowym doświadczeniem pojawiał się problem, kiedy ot podmiot, który dotychczas nie realizował zamówienia de facto uczył się realizacji zamówienia u zamawiającego przy uwzględnieniu jego specyfiki - bardzo często pod nadzorem pracowników zamawiającego.(…)",* że w dokumentacji postępowania znajduje się jedynie stwierdzenie: *„(…)56. Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania poleceń Pielęgniarki Oddziałowej mających wpływ na stan sanitarny oddziału lub pielęgniarki dyżurnej.*
57. Nadzór nad wykonywaniem umowy ze strony Zamawiającego pełnić będzie:
- W zakresie świadczenia zabiegów sanitarnych w Oddziałach Szpitalnych Z-ca Dyrektora ds. Pielęgniarstwa oraz Pielęgniarka Epidemiologiczna Bieżący nadzór nad realizacją niniejszej umowy pełnić będą pielęgniarki oddziałowe oraz kierownicy poszczególnych komórek organizacyjnych.
- Nadzór nad usługą transportu, gospodarką odpadami, utrzymaniem porządku w Dziale Administracyjno – Technicznym i Administracji, klatkach schodowych oraz zapewnienie bezkolizyjnego funkcjonowania wind podczas transportu posiłków, odpadów medycznych oraz bielizny, pełnić będzie kierownik DAT (…)" (Załącznik nr 4 do IDW), czy też:
„2. Zamawiający ma prawo przeprowadzić kontrolę wg własnego uznania lub zlecić ją „pełnomocnikowi".
3. Zamawiający wyznaczy osoby, które tworzyć będą zespół oceniający jakość wykonanych prac porządkowych. Wykonawca wyznaczy jedną osobę wchodząca w skład zespołu oceniającego jakość wykonanych prac.
4. Kontrole sanitarno – epidemiologiczne będą przeprowadzane przez Zamawiającego lub właściwą Stację Sanitarno – Epidemiologiczną lub inne instytucje zewnętrzne uprawione do kontroli.
5. Zamawiający będzie przeprowadzał kontrolę wyrywkowo. Wyniki kontroli (protokoły) i badań bakteriologicznych będą przekazane Wykonawcy." (§ 6 ust. 2-5 wzoru umowy).

Jednocześnie, zasadne okazały się obawy Odwołującego wyrażone w odwołaniu, gdyż tylko jeden wykonawca złożył ofertę, tzn. wykonawca, który swoim pytaniem spowodował zmianę warunku w zakresie wymaganego doświadczenia. Nadto, poświadczenia złożone przez jedynego wykonawcę, który złożył ofertę tylko w jednym wypadku pochodzą od szpitala psychiatrycznego, w pozostałym zakresie od zwykłego podmiotu leczniczego.

W konsekwencji w ocenie Izba, Zamawiający naruszył przepis przywołany przez Odwołującego, gdyż przede wszystkim sporny warunek udziału postępowania został określony w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że - o ile uzasadnione jest prawo Zamawiającego do żądania od Wykonawców doświadczenia w zakresie wykonywania sprzątania terenu zewnętrznego oraz prac remontowo-konserwacyjnych, o tyle nie jest w żaden sposób uzasadnione prawo wprowadzenia ograniczenia, że w/w zupełnie odrębne rodzajowo usługi, powinny być wykonywane łącznie w ramach jednej usługi wraz z kompleksowymi zabiegami sanitarno-higienicznymi, dodatkowo realizowanymi tylko na rzecz podmiotu leczniczego.

Wymaganie doświadczenia w zakresie łącznego wykonywania zabiegów sanitarno-higienicznych na rzecz podmiotu leczniczego wraz z usługą sprzątania terenu zewnętrznego oraz usługą prac remontowo- konserwacyjnych, nie pozwala ubiegać się o przedmiotowe zamówienie podmiotom, które wcześniej nie wykonywały tych odrębnych rodzajowo usług łącznie, w ramach jednego zamówienia na rzecz podmiotu leczniczego, wyłączając tym samym możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie przez podmioty, które posiadają, każdy z osobna odpowiednie doświadczenie w zakresie wykonywania zabiegów sanitarno-higienicznych na rzecz podmiotu leczniczego, usług sprzątania terenu zewnętrznego oraz prac remontowo-konserwacyjnych.

Wobec powyższego, konieczne jest dopuszczenie możliwość odrębnego wykazania w/w doświadczenia odpowiednio w zakresie:
a) kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych na rzecz podmiotów leczniczych,
b) sprzątania terenu zewnętrznego,
c) prac remontowo-konserwacyjnych na podstawie odrębnych, niezależnych usług, potwierdzonych odrębnymi dokumentami w niżej wskazany sposób:
„Wykonawca spełni warunek w sytuacji, kiedy wykaże że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował:
a) co najmniej 3 usługi obejmujące swym zakresem wykonywanie kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych w podmiotach leczniczych o powierzchni sprzątania min. 4 500 m2 przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy,
b) co najmniej 1 usługę obejmującązakresem sprzątanie terenów zewnętrznych,
c) co najmniej 1 usługę obejmującą prace konserwacyjne w budynkach.".

Jednocześnie, wobec stwierdzenia naruszenia cytowanych wyżej przepisów NPzp, Izba uznała, że w związku z tym, że w postępowaniu zostały już złożone oferty, wybrana oferta (umowa zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie nie została jeszcze podpisana), a tym samym ten etap postępowania nie pozwala już na nakazanie

Zamawiającemu wykonania określonych naprawczych czynności (w tym przypadku zmiany treści SIWZ),konieczne jest unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 NPzp. Izba stwierdziła, mając na uwadze treść art. 552 ust. 1 NPzp, zgodnie z którym Izba wydając orzeczenie - bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy - że nie może nakazać zmiany SWZ. Orzekła zatemo konieczności unieważnienia postępowania, jako konsekwencji naruszenia przepisów, które to mają wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których to wad nie da się już na obecnym etapie postępowania naprawić.

Podobnie w wyroku KIO z 25.11.2019 r., sygn. akt: KIO 2217/19: *„W związku ze stwierdzeniem naruszenia cytowanych wyżej przepisów ustawy, Izba uznała, że w związku z tym, że w postępowaniu zostały już złożone oferty, a tym samym ten etap postępowania nie pozwala już na nakazanie zamawiającemu wykonania określonych naprawczych czynności (w tym przypadku zmiany treści SIWZ), konieczne jestunieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, mając na uwadze treść art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba wydając orzeczenie - bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy - że nie może nakazać zmiany SIWZ. Orzekła zatem o konieczności unieważnienia postepowania, jako konsekwencji naruszenia przepisów, które to mają wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których to wad nie da się już na obecnym etapie postępowania naprawić."*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami Zamawiającego i nakazując Zamawiającemu dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu, 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, 1 082,40 zł tytułem zwrotu kosztów związanych z dojazdem na rozprawę na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków.

Przewodniczący:

……